Wolfgang Regel

„ENTZIEHEN" UND „ENTFÜHREN" MINDERJÄHRIGER

Zur Auslegung der §§ 235, 236 StGB

1975

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547202_0021

„ENTZIEHEN" UND „ENTFÜHREN" MINDERJÄHRIGER.

Zur Auslegung der §§ 235, 236 StGB.

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch den

Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

WOLFGANG REGEL

aus Bockum-Hövel

1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Stree
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Welp
Dekan: Prof. Dr. Kollhosser
Tag der mündlichen Prüfung: 19.11.1973

Inhaltsübersicht

	Seite
Einleitung	1
Hauptteil	4
A. Bedeutung des Merkmals "Entziehen" im Sinne von § 235	4
I. Die grundlegende Bedeutung des "Entziehens"	4
1. Der Wortlaut "Entziehen"	4
2. Der von § 235 verfolgte Zweck	7
a. Das Rechtsgut des § 235	7
b. Der Inhalt des Rechtsgutes	16
aa. Das Personensorgerecht	16
(1) Schutz des vollen wie des geteilten Sorgerechts	16
(2) Schutz der tatsächlichen wie der potentiellen Ausübung des Sorgerechts	19
bb. Das Besuchsrecht	28
(1) Die Notwendigkeit des Schutzes	28
(2) Schutz des Rechts	31
3. Das Ergebnis des ersten Teils	33
II. Die Konkretisierung des "Eingriffs in die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Sorgerechts"	35
1. Übersicht über mögliche Konkretisierungsmaßstäbe	35
2. Das Kriterium der Zeit	37
a. Problemaufriß	37
b. Meinungsstand	38
c. Stellungnahme	51
d. Erläuterung des gefundenen Ergebnisses	54
e. Besonderheiten beim Besuchsrecht	65
f. Zusammenfassung	66
3. Die räumliche Trennung - ein unabdingbares Erfordernis des "Entziehens"?	67
4. Verlangt das "Entziehen" die Begründung eines neuen Abhängigkeitsverhä-ltnisses über den Minderjährigen?	75
5. Die rechtliche Beseitigung des Sorgerechts	8o
6. "Entziehen" in der Form des unmittelbaren "Zugriffs" auf den Sorgeberechtigten?	84

7. Das Einverständnis - ein die Tathandlung ausschließendes Moment 88
a. Die Wirkung einer elterlichen Zustimmung 88
b. Die Befugnis Dritter zur Erteilung einer Zustimmung 91
c. Das modifizierte oder bedingte Einverständnis 93
d. Das fehlerhafte Einverständnis. Ursachen der Fehlerhaftigkeit und ihre Bewertung 97
aa. Das gewaltsam herbeigeführte Einverständnis 98
bb. Die durch Drohung veranlaßte elterliche Zustimmung 99
cc. Das erschlichene Einverständnis 1o1
dd. Drittmanipulationen 1o5
ee. Erklärungs- und Inhaltsirrtum 1o7
e. Ergebnis 1o8
8. Der Eingriff in das Sorgerecht durch einen Außenstehenden 1o9
9. "Entziehen" durch Unterlassen 131
a. Die Möglichkeit, an ein Unterlassen anzuknüpfen 131
b. Garantenstellung des Unterlassenden 133
III. Zusammenfassung 139

B. Bedeutung des Merkmals "Entführen" im Sinne des § 236 14o
I. Die Auslegung des Merkmals "Entführen" 14o
1. Meinungsstand 14o
a. Die herrschenden Ansichten 14o
b. Welzels Stellungnahme 142
2. Kritik 143
a. Verzicht auf das Kriterium der Begründung eines neuen Abhängigkeitsverhältnisses über die Minderjährige 146
b. Verzicht auf das Erfordernis der Ortsveränderung 15o
3. Ergebnis 157

II. "Entführen", ein Eingriff in das Sorgerecht 159
1. Der Eingriff in die tatsächliche wie die potentielle Ausübung des Sorgerechts 159
2. Das Kriterium der Zeit 159
3. Das Einverständnis der Sorgeberechtigten 162
a. Ihre konkrete Zustimmung 162
b. Ihre generelle Zustimmung 164
4. Der Eingriff in das Sorgerecht durch einen Außenstehenden 167
III. Zusammenfassung 171

C. Das systematische Verhältnis der beiden Vorschriften zum Schutz der elterlichen Gewalt 172

Verzeichnis des Schrifttums

A L L F E L D , Philipp - M E Y E R , Hugo
Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Auflage, Leipzig-Erlangen 1922.

A L T E R N A T I V - E N T W U R F eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil: Sexualdelikte, Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand, Straftaten gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe (AE, Sexualdelikte), vorgelegt von Jürgen Baumann, Anne-Eva Brauneck, Gerald Grünwald, Ernst-Walter Hanack, Theodor Lenckner, Werner Maihofer, Peter Noll, Armin Kaufmann, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Ernst-Joachim Lampe, Claus Roxin, Rudolf Schmitt, Hans Schultz, Günter Stratenwerth, Walter Stree. Tübingen 1968.

A L T E R N A T I V - E N T W U R F eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil: Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, vorgelegt von den oben angeführten Autoren, Tübingen 197o.

A R Z T , Gunter
Willensmängel bei der Einwilligung. Frankfurt am Main 197o.

B A U M A N N , Jürgen
Beihilfe bei eigener voller Tatbestandsverwirklichung. NJW 1963/561.

Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH. NJW 1962/374.

Strafrecht, Allgemeiner Teil. 5. Auflage, Bielefeld 1968.

Täterschaft und Teilnahme. JuS 1963/51,85,125.

B E C K E R , Walter
Weichendes Elternrecht - wachsendes Kindesrecht. RdJ 197o/364.

B E I T Z K E , Günther
Familienrecht. 16. Auflage, München 1972.

B E L I N G , Ernst
Rechtsprechung des Reichsgerichts vom 1. Oktober bis zum 31. März 1894. ZStW Bd 18/276.

B E N D I X , Ludwig
Anmerkung zu RG JW 1924/3o5.

B E R N E R , Albert Friedrich
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 16. Auflage, Leipzig 1891.

B I N D I N G , Karl
Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band. 2. Auflage, Leipzig 1902.

B L E I , Hermann
Prüfe dein Wissen. Strafrecht. Allgemeiner Teil.
7. Auflage, München 1975.

B R I N G E W A T , Peter
Selbstmord, Suizidpatient und Arztpflichten im Strafrecht.
NJW 1973/540.

v o n B U R I , Maximilian
Abhandlungen aus dem Strafrecht.
GS Bd 29, Beilageheft.

Zu den §§ 221, 234 bis 241 des Reichsstrafgesetzbuches. GS Bd 27/517.

C E R T A I N , Friedrich
Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts als ausreichende Maßnahme nach § 1666 BGB.
ZBlJR 1968/104.

C L A E S S E N S , Dieter - M I L H O F F E R , Petra (Hrsg.)
Familiensoziologie.
Frankfurt am Main 1973.

D A L C K E , A. - F U H R M A N N , Ernst - S C H Ä F E R , Karl
Strafrecht und Strafverfahren.
37. Auflage, Berlin 1961.

D A N Z I G , Helga
Kindschaftsrecht.
Darmstadt 1974.

D A U D E , P.
Strafgesetzbuch.
13. Auflage, München/Berlin 1920.

D Ö L L E , Hans
Familienrecht. Bd II.
Karlsruhe 1965.

D R E H E R , Eduard
Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen. 35. Auflage des von Otto Schwarz begründeten Werkes, München 1975.

Anmerkung zu BGHSt 19/135.
MDR 1964/337.

Kann ein Ehegatte, der den Selbstmord des anderen zuläßt, ein Tötungsdelikt begehen?
MDR 1952/711.

Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht. NJW 1970/217.

E N T W Ü R F E

VorE 1909 Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch mit Begründung, Berlin 1909.

GE 1911 Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, Begründung, Berlin 1911.

E 1913 Entwurf der Strafrechtskommission.

E 1919 nebst Denkschrift; beide Entwürfe in: Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, Berlin 1920.

E 1922 Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), Tübingen 1952.

E 1925 Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB nebst Begründung (Reichsratsvorlage), Berlin 1925.

E 1927 Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (Reichstagsvorlage), Berlin 1927.

E 1930 Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1930 (Entwurf Kahl), Bonn 1954 (Nachdruck).

E 1935 in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil. 2. Auflage, Berlin 1936, S. 193.

E 1960 Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit amtlicher Begründung, Bonn 1960.

E 1962 Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit amtlicher Begründung, Bonn 1962.

E R M A N

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band.
5. Auflage, Münster 1972.

E S E R , Albin

Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub. NJW 1965/377.

F I C H T L , Franz

Die Entziehung Minderjähriger.
Diss. Würzburg. Nürnberg 1912.

F I N G E R , August

Strafrecht, in: Stammler, Enzyklopädie, Bd II.
Berlin 1932.

v o n F R I E D E B U R G , Ludwig (Hrsg.)
Jugend in der modernen Gesellschaft.
3. Auflage, Köln, Berlin 1966.

F R A N K , Reinhard
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
Kommentar. 18. Auflage, Tübingen 1931.

v. F R I E S E N , Marie-Elisabeth - H E L L E R , Wolfgang
Das Familienrecht in Mitteldeutschland.
Bonn/Berlin 1967.

G A L L A S , Wilhelm
Anmerkung zu BGHSt 2/15o.
JZ 1952/371.

Anmerkung zu OGHSt 1/365.
DRZ 195o/67.

Beiträge zur Verbrechenslehre.
Berlin 1968.

G E E R D S , Friedrich
Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht. GA 1954/263.

G E R L A N D , Heinrich
Deutsches Reichsstrafrecht.
2. Auflage, Berlin/Leipzig 1932.

G E R N H U B E R , Joachim
Elterliche Gewalt heute. FamRZ 1962/89.

Kindeswohl und Elternwille. FamRZ 1973/229.

Lehrbuch des Familienrechts.
2. Auflage, München 1971.

G E Y E R
Verbrechen gegen die persönliche Freiheit.
Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts.
Bd 3, Berlin 1874; Bd 4, Berlin 1877.

G I E S E N , Dieter
Das Wohl des Kindes im Falle eines Elternkonfliktes zwischem Sorge- und Verkehrsberechtigtem. NJW 1972/225.

G Ö ß L E R , Arnold
Die Entführung (in ihrer geschichtlichen Grundlage). Diss. Rostock 19o3.

G R Ü N H U T , Max
Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme.
JW 1932/366.

H A H N Z O G , Klaus
Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 Abs. II GG. FamRZ 1971/334.

H Ä L S C H N E R , Hugo
Das gemeine deutsche Strafrecht. Zweiter Band: Der besondere Teil des Systems. Erste Abteilung. Bonn 1884.

Der Begriff der Gewalt im deutschen Strafgesetzbuch. GS Bd 35/1.

H A F F T E R , C.
Kinder aus geschiedenen Ehen.
2. Auflage, Bern, Stuttgart 1960.

H A N A C K , Ernst-Walter
Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik. Ein Rechtsgutachten.
Reinbek 1969.

H A S S E M E R , Winfried
Reform des Strafrechts - Das erste Strafrechtsreformgesetz. JuS 1969/496.

H A U S M A N N , Willy
Die Entführung. §§ 236-238 Str.G.B.
Diss. Heidelberg. Elberfeld 1907.

H E I N E M A N N , Rudolf
Die Entführung.
Diss. Heidelberg. Nürnberg 1907.

H E R Z B E R G , Rolf Dietrich
Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip. Berlin 1972.

Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme. JuS 1974/237, 374, 574, 718; 1975/35, 171.

H E Y , Rudolf
Kinderraub und Entführung (§§ 235-238 RStGB).
Diss. Breslau 1909.

v o n H I P P E L , Robert
Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932.

H I R S C H M A N N , Max
Die Schutzobjekte der Verbrechen.
Breslau 1910.

H O H L E R , Richard
Die Strafrechtsreform - Beginn einer Erneuerung. NJW 1969/1225.

H O N I G , Richard
Die Einwilligung des Verletzten.
Mannheim-Berlin- Leipzig 1919.

H O Y E R , Horst
Menschenraub. Diss. Leipzig. Dresden 1938.

H R U S C H K A , Joachim
Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung. GA 1968/193.

J E S C H E C K , Hans-Heinrich
Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 2. Auflage, Berlin 1972.

K A L T H O E N E R , Elmar
Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. NJW 1956/1662.

K I E N T Z Y , Dieter
Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Tübingen 197o.

K N I T S C H K Y , W. E.
Menschenraub und Kinderraub. GS Bd 44/249.

K O H L E R , Josef
Leitfaden des deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.

K O H L H A A S , Max
Anmerkung zu BGHSt 1o/376, in: EJF D I (Nr. 2).

Der Muntbruch oder Kindesraub nach § 235 StGB. Unsere Jugend 1958/32o.

K O H L R A U S C H - L A N G E , Richard
Strafgesetzbuch. 44. Auflage 1969.

K R O N E C K E R , E.
Verbrechen und Vergehen gegen die persönliche Freiheit, Ehrverletzung und Verletzung fremder Geheimnisse (§§ 234-242, §§ 259-268), in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Bd II, Besonderer Teil, Berlin 191o.

K Ü P E R , Wilfried
Anmerkung zu BGHSt 24/168. NJW 1972/646.

K U N E R T , Franz
Der erste Abschnitt der Strafrechtsreform. NJW 1969/1229.

L A C K N E R , Karl
Strafgesetzbuch. 9. Auflage, München 1975.

L A C K N E R , Karl - M A A S S E N , Hermann
Strafgesetzbuch.
7. Auflage, München 1972.
6. Auflage, München 197o.
5. Auflage, München/Berlin 1969.
4. Auflage, München/Berlin 1967.
Die von der 7. Auflage abweichenden Auflagen werden als solche ausdrücklich angeführt.

L A N G E , Hermann
Das neue Nichtehelichenrecht. NJW 197o/297.

L E I P Z I G E R K O M M E N T A R
Strafgesetzbuch. Begründet von Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe, Werner Rosenberg, fortgeführt von Johannes Nagler. Herausgegeben von Heinrich Jagusch und Edmund Mezger: 8. - als solche ausdrücklich gekennzeichnete - Auflage, Berlin 1958.

9. Auflage, herausgegeben von Paulheinz Baldus und Günther Willms. Berlin, New York 1972.

L E M P P , Reinhart
Das Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671 BGB. NJW 1963/1659.

Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht. NJW 1972/315.

Noch einmal: Kindeswohl und Kindeswille. NJW 1964/44o.

L E N C K N E R , Theodor
Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962). Tübingen 1965.

v o n L I S Z T , Franz
Strafrecht. 15. Auflage, Berlin 19o5.

v o n L I S Z T , Franz - S C H M I D T , Eberhard
Strafrecht. Besonderer Teil. 25. Auflage, Berlin/Leipzig 1927.

v o n L I V O N I U S , Armin
Der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes im heutigen deutschen Recht. Diss. Berlin 1971.

M A I W A L D , Manfred
Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren. GA 197o/33.

M A R T I N , Ludwig
Anmerkung zu BGHSt 1o/376 bei LM Nr 3 zu § 235.

Anmerkung zu BGHSt 16/58 bei LM Nr 4 zu § 235.

M A U R A C H , Reinhart
Das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts. Nachtrag. Karlsruhe 197o.

Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Auflage, Karlsruhe 1971.

Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. 5. Auflage, Karlsruhe 1969.

M A Y E R , Hellmuth
Strafrecht, Allgemeiner Teil. Stuttgart 1953.

M E R K E L , Adolf
Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Menschenraub. v. Holtzendorffs Rechtslexikon, 2. Band. 3. Auflage, Leipzig 1881.

M E Y E R , Hugo
Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Auflage, Leipzig 1895.

M E Z G E R , Edmund
Strafrecht II. Besonderer Teil. München/Berlin 1949.

M E Z G E R , Edmund - B L E I , Hermann
Strafrecht I. Allgemeiner Teil. 14. Auflage, München 1970.

Strafrecht II. Besonderer Teil. 9. Auflage, München/Berlin 1969.

M I T T E R M A Y E R , W.
Anmerkung zu BayObLG JW 1928/3054.

M Ü H L M A N N , Erich - B O M M E L , Gert
Das Strafgesetzbuch an Hand der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Praxis erläutert. Regensburg 1949.

N E I D H A R D T , Friedhelm
Die Familie in Deutschland. 3. Auflage, Opladen 1971.

N I P P G E N , Hans
Der Kinderraub. Diss. Würzburg 1930.

N I E D E R S C H R I F T E N zur Großen Strafrechtsreform.
Band VI, Bonn 1958. Band VIII, Bonn 1959.
Band XII, Bonn 1959.

N I E T H A M M E R , Emil
Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts. Tübingen 1950.

N O L L , Peter
Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten. Basel 1955.

N O W K A , Werner
Kindesgefährdung durch das "Verkehrsrecht" gemäß § 1634 BGB nF. FamRZ 1960/218.

O L S H A U S E N , Justus v.
Kommentar zum Strafgesetzbuch.
12. Auflage, Berlin 1942.
11. Auflage, Berlin 1927.
3. Auflage, Berlin 189o.
2. Auflage, Berlin 1886.
1. Auflage, Berlin 1883.
Die von der 12. Auflage abweichenden Auflagen werden als solche ausdrücklich angeführt.

O P P E N H O F F , F.C.
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
14. Auflage, bearbeitet von D e l i u s,
Berlin 19o1.

P A L A N D T , Otto
Bürgerliches Gesetzbuch. 32. Auflage,
München 1973.

P E T E R S , Hans
Elternrecht, Erziehung, Bildung, Schule, in:
Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band. Berlin 1954.

P E T T E R S , Walter - P R E I S E N D A N Z , Holger
Strafgesetzbuch. 37. Auflage, Berlin 1971.

P F E I F F E R , Gerd - M A U L , Heinrich -
S C H U L T E , Benno
Strafgesetzbuch. Kommentar an Hand der
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.
Essen 1969.

P R O T O K O L L E des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform des Deutschen Bundestages der V. Legislaturperiode (Prot V). Bad Godesberg 1968, 1969.

Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses, Bundestagsdrucksache V/4o94, in:
Verhandlungen des Deutschen Bundestages.
Band 129, Bonn 1969.

R E I D E L , Walther
Die Entführung (§§ 236-238 RStGB). Diss.
Heidelberg. Bruchsal 1913.

R E I M A N N , Helga - R E I M A N N , Horst
(Hrsg.)
Die Jugend. München 1975.

R E U T E R , Dieter
Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt.
Berlin 1968.

R O S E N F E L D , Ernst Heinrich
Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. Band V S.385. Berlin 1905.

R O T H - S T I E L O W , Klaus
"Entführen" im Sinne der §§ 236 und 237. NJW 1966/1496.

R O X I N , Claus
Täterschaft und Tatherrschaft. 2. Auflage, Hamburg 1967.

Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. JuS 1966/377.

ders. - S T R E E , Walter - Z I P F , Heinz - J U N G , Heike
Einführung in das neue Strafrecht. 2. Auflage, München 1975.

R U D O L P H I , Hans-Joachim
Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz. Göttingen 1966.

Straftaten gegen das werdende Leben. ZStW Bd 83 (1971), S.105.

S A M S O N , Erich
Strafrecht I. Frankfurt 1974.

S A U E R , Wilhelm
System des Strafrechts. Besonderer Teil. Köln-Berlin 1954.

S C H M I D H Ä U S E R , Eberhard
Strafrecht, Allgemeiner Teil. Tübingen 1970.

S C H M I D T , Eberhard
Die mittelbare Täterschaft. Frank-Festgabe. Bd II, 1930.

S C H Ö N K E , Adolf - S C H R Ö D E R , Horst
Strafgesetzbuch. Kommentar.
17. Auflage, München 1972 (Soweit nichts anderes vermerkt, wird diese Auflage zitiert).
14. Auflage, München/Berlin 1969.
12. Auflage, München/Berlin 1965.
1. Auflage, München/Berlin 1942.

S C H R Ö D E R , Horst
Anmerkung zu BGHSt 24/168. JR 1971/511.

Das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts. München/Berlin 1969.

Die Addition strafloser Handlungen zu einer Straftat. JZ 1972/651.

Die sogenannte Rückkehrpflicht bei § 142 StGB. NJW 1966/1oo1.

S C H W A R Z , Eberhard
Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte (§§ 235-238 StGB). Tübingen 1972.

S C H W A R Z , Otto - D R E H E R , Eduard
Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen. 3o. Auflage, Berlin/München 1969.

v o n S C H W A R Z E , Friedrich Oskar
Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Auflage, Leipzig 1884.

S C H W A R T Z , Ernst
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar. Berlin 1914.

S C H W O E R E R , Julius
Kindeswohl und Kindeswille. NJW 1964/5.

S I M S O N , Gerhard - G E E R D S , Friedrich
Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht. München 1969.

S O E R G E L , Th. - S I E B E R T , W.
Bürgerliches Gesetzbuch. Band 5. Familienrecht. 1o. Auflage, Stuttgart 1971.

S P E N D E L , Günter
Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie - BGHSt 11/268. JuS 1969/314.

S T A U D I N G E R S Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Band, Familienrecht, Teil 3 a: §§ 1589-1698b. 1o./11. Auflage, Berlin 1966.

S T E I N , Erwin
Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts, in: Stein-Joest-Dombois, Elternrecht. 1958.

S T O C K M A Y E R , Ulrich
Das Verbrechen des erpresserischen Kindesraubes nach § 239 a StGB. Diss. Tübingen. Würzburg 1937.

S T R A T E N W E R T H , Günter
Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat. Köln, Berlin, Bonn, München 1971.

S T U R M , Richard
Die Änderungen des Besonderen Teils des StGB zum 1. September 1969. NJW 1969/1606.

S Y S T E M A T I S C H E R K O M M E N T A R zum Strafgesetzbuch.
Rudolphi, Hans-Joachim; Horn, Eckhard; Samson, Erich; Schreiber, Hans-Ludwig. Band I. Allgemeiner Teil. Frankfurt 1975.

T R Ö N D L E , Herbert
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen. GA 1966/1.

V E R H A N D L U N G E N des Deutschen Bundestages, 5. Wahlperiode, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Band 129, Bonn 1969.

V I L L N O W
Die Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit. GA Bd 24/1o4.

W A C H E N F E L D , Friedrich
Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.

W E L P , Jürgen
Anmerkung zu BGHSt 24/342. JR 1972/427.

Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung. Berlin 1968.

W E L Z E L , Hans
Das deutsche Strafrecht. 11. Auflage, Berlin 1969.

Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre. SJZ 1947/645.

W E S S E L S , Johannes
Strafrecht, Allgemeiner Teil.
2. Auflage, Karlsruhe 1972.
4. Auflage, Karlsruhe 1974.

W O L F , Ernst
Der Begriff Familienrecht. FamRZ 1968/493.

Z E N S , Gisela
Elterliche Sorge und Kindesrechte.
Das Standesamt 1973/257.

Z I P F , Heinz
Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht.
Neuwied und Berlin 1970.

Verzeichnis der Abkürzungen

aaO	- am geführten Ort
abl.	- ablehnend
AE	- Alternativ-Entwurf
aF	- alte Fassung
AG	- Amtsgericht
and.	- anders
Anm	- Anmerkung
AT	- Allgemeiner Teil
Aufl	- Auflage
BayObLG	- Bayrisches Oberstes Landesgericht
Bd	- Band
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	- Bundesgesetzblatt
BGH	- Bundesgerichtshof
BGHSt	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	- Besonderer Teil
BVerfG	- Bundesverfassungsgericht
bzw	- beziehungsweise
DDR	- Deutsche Demokratische Republik
d.h.	- das heißt
Diss.	- Dissertation
DR	- Deutsches Recht
E	- Entwurf
Einf	- Einführung
EJF	- Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht (Abschnitt und Nummer)
f, ff	- folgende, die folgenden
FamRZ	- Zeitschrift für das gesamt Familienrecht
FGG	- Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn	- Fußnote
GA	- Goltdammers Archiv für Strafrecht
GG	- Grundgesetz
GS	- Der Gerichtssaal

HESt	- Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen
HRR	- Höchstrichterliche Rechtsprechung
HöchstRR	- Höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Strafrechts
i.E.	- im Ergebnis
insb.	- insbesondere
i.S.	- im Sinne
iVm	- in Verbindung mit
JMBl NRW	- Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	- Juristische Rundschau
JuS	- Juristische Schulung
JW	- Juristische Wochenschrift
JWG	- Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	- Juristenzeitung
KG J	- Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts
L	- Leitsatz
LB	- Lehrbuch
LG	- Landgericht
LK	- Leipziger Kommentar
LM	- Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
LZ	- Leipziger Zeitschrift
m.a.W.	- mit anderen Worten
MDR	- Monatsschrift für deutsches Recht
mwN	- mit weiteren Nachweisen
Nds	- Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
nF	- neue Fassung
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
Nr	- Nummer
OLG	- Oberlandesgericht
OLGSt	- Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen
pr	- preußisch
pr OT	- preußisches Ober-Tribunal
Prot	- Protokolle

Rdnr	- Randnummer
RG	- Reichsgericht
RGBl	- Reichsgesetzblatt
RGSt	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr	- Rechtsprechung
s. (a.)	- siehe (auch)
Sächs OAG	- Sächsisches Oberstes Appellationsgericht
s.o.	- siehe oben
Sp	- Spalte
StGB	- Strafgesetzbuch
StrRG	- Strafrechtsreformgesetz
UJ	- Unsere Jugend
unveröff.	- unveröffentlicht
vgl	- vergleiche
Vorbem	- Vorbemerkung(en)
VorE	- Vorentwurf
z.B.	- zum Beispiel
ZBlJR	- Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZPO	- Zivilprozeßordnung
ZStW	- Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	- zustimmend

EINLEITUNG

Mit dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. Juni 1969 [1] hat der Gesetzgeber u.a. die Entführungstatbestände der §§ 235 - 237 einer Revision unterzogen. Er hat hierbei nicht nur den Umfang des geschützten Personenkreises verengt [2] sowie die als übersetzt empfundene Strafdrohung des § 236 aF korrigiert, [3] sondern auch die Tatbestände der Entführung wider Willen (§ 236 aF) und der Entführung mit Willen (§ 237 aF) umgestellt. [4] Dadurch rückten, auch äußerlich sichtbar, Muntbruch und Entführung mit Willen (§ 236 nF) als Bestimmungen zusammen, welche die elterliche oder sonstige familienrechtliche Gewalt (die Muntgewalt) schützen.
Zweifelhaft ist allerdings, ob es sich bei den Änderungen der Vorschriften, die dem Schutz der Muntgewalt dienen, um mehr als bloße Randkorrekturen handelt und ob nicht eine weitergehende Neuregelung geboten ist. Unverändert geblieben sind nämlich die in diesen Bestimmungen erfaßten Tathandlungen. Nach wie vor erstreckt sich die Vorschrift über Muntbruch auf ein „Entziehen", die Vorschrift des § 236 nF [5] auf ein „Entführen". Angesichts dieses sofort ins Auge fallenden sprachlichen Unterschiedes fragt sich,

---

1) BGBl I S. 645.
2) Durch Herabsetzung des Schutzalters von 21 auf 18 Jahre in den §§ 235, 236 nF.
3) Durch Reduzierung der ehemals angedrohten Zuchthausstrafe: Jetzt wird Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe verhängt.
4) Im übrigen sei noch erwähnt, daß § 237 in der neuen Fassung als zweiaktiges Delikt ausgestaltet worden ist: Brauchte bislang der Täter die Handlung lediglich in der A b s i c h t , die Frau zur Unzucht zu bringen, vorzunehmen, so ist jetzt die Tat erst dann vollendet, wenn er den von ihm geschaffenen hilflosen Zustand der Frau zur Unzucht t a t s ä c h l i c h ausnutzt.
5) Im folgenden wird die Vorschrift ohne Zusatz zitiert.

ob mit den verschiedenen Umschreibungen der Tathandlungen sachliche Unterschiede verknüpft sind. Nur wenn die Frage zu bejahen ist, erscheint das Beibehalten von zwei Vorschriften zum Schutz der Muntgewalt als sinnvoll. Sind dagegen die Tatbestandsmerkmale „Entziehen" und „Entführen" sachlich gleichbedeutend, so bietet sich eine Zusammenfassung beider Tatbestände an.

Der Sonderausschuß des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform hat zwar weitergehende Vorschläge, das Verhältnis der gegen die elterliche Gewalt gerichteten Tatbestände neu zu bestimmen, diskutiert.[1] So wurde einerseits überlegt, unter Beibehaltung des Muntbruchs die beiden Entführungstatbestände in eine Vorschrift zu „gießen" und deren Schutzrichtung auf Minderjährige zu beschränken. Andererseits stand als Lösungsmodell der § 196 des E 1962 zur Verfügung, der die bisherigen Bestimmungen von Muntbruch und Entführung mit Willen vereinigte. Es fand aber keine dieser in die Tatbestandsstruktur eingreifenden Lösungen Eingang in das Gesetz.

Das gesetzgeberische Ergebnis ist dementsprechend nicht nur wie etwa von Dreher, der § 236 als Ergänzung des § 235 auffaßt [2] - begrüßt worden. Schröder beispielsweise wirft dem Gesetzgeber vor [3], es bedauerlicherweise versäumt zu haben, sich die Frage nach der kriminalpolitischen Berechtigung und dem systematischen Verhältnis der Tatbestände zueinander grundsätzlich neu zu stellen, und sieht § 236 als „im wesentlichen überflüssige Vorschrift" [4] an. Auch in Maurachs Augen „wäre eine Zusammenfassung der §§ 235 und 236 in einem Tatbestand sinnvoller gewesen als die systematische Umstellung der 236 und 237".[5]

---

1) Vgl Prot V S.2375 ff ; 2406.
2) § 236 Anm.1.
3) Vorbemerkung vor §§ 235 ff.
4) § 236 Rdnr 1.
5) Nachtrag S.12.

Die vorliegende Arbeit stellt deshalb einen Versuch dar, die systematische Stellung des „Muntbruchs" im Verhältnis zur „Entführung mit Willen" zu klären . Dazu ist es notwendig, die Bedeutung der Merkmale „Entziehen" und „Entführen" genau klarzustellen, um von dieser Grundlage aus die Vorschriften zum Schutze der elterlichen Gewalt kritisch zu würdigen und gegebenenfalls Vorschläge für eine sachgerechte Neuregelung zu entwickeln.

Aus dem Vorangegangenen ergibt sich zwangsläufig folgende Gliederung des Hauptteiles :
Im ersten Abschnitt (A) wird die Tathandlung des § 235 - das Entziehen - näher erörtert. Dieser Abschnitt ist gegenüber den beiden folgenden (B und C) der umfangreichere, da hier die Begriffe, die auch in späteren Abschnitten auftauchen , grundlegend abgehandelt werden. Sodann wird das Entführen im Sinne des § 236 im Abschnitt B behandelt. Der Abschnitt C ist schliesslich der Frage nach dem systematischen Verhältnis beider Tatbestände zueinander gewidmet.

HAUPTTEIL

A. Bedeutung des Merkmals „Entziehen" im Sinne von § 235

I. Die grundlegende Bedeutung des „Entziehens"

1. Versucht man näher zu erfassen, was unter dem Merkmal „Entziehen" zu verstehen ist, so bietet sich zunächst die Wortinterpretation an.
„Entziehen" bezeichnet seinem Ursprung nach ein in bestimmter Weise verlaufendes „Trennen von etwas": Das Objekt, das man trennen will, muß „gezogen" werden. [1] Es wird also ein aktives Tun verlangt, das mit einem gewissen körperlichen Kraftaufwand verbunden ist und dessen Intensität vom Gewicht des zu trennenden Objekts abhängt.

Mit dieser Erkenntnis ist bereits ein erster Schritt auf dem Wege der Auslegung des „Entziehens" getan. Beispielsweise scheiden alle die Fälle aus dem Bereich des § 235 aus, in denen der Minderjährige [2] die Beziehungen zu seinen Eltern von sich aus löst. Von einem „Gezogenwerden" kann dann nicht die Rede sein .[3]
Indessen kann die wörtliche Umschreibung des „Entziehens" nur in sehr grober Weise das Feld abstecken, auf dem die endgültige Definition gefunden werden muß. Sollte ein „Entziehen" wirklich nur dann vorliegen, wenn der Täter körperlich auf den Minderjährigen einwirkt, ihn etwa bei der Hand nimmt und fortführt, nicht aber, wenn er ihn durch Drohungen , Geschenke oder mit Hilfe von Versprechungen zum Verlassen des Elternhauses veranlaßt ?

---

1) RGSt 18/273, 277, RG Rspr 1o/74,78. Vgl auch Villnow GA Bd 24/1o4,117.
2) Unter achtzehn Jahren. Hier und im folgenden wird die Altersangabe weggelassen.
3) Vgl dazu im einzelnen unten S. 1o9ff .

Unter Zugrundelegung des Wortsinns wird ferner nicht deutlich, ob sich auch derjenige nach § 235 strafbar macht, der seinen Angriff unmittelbar gegen die Eltern richtet, sie z.B. in ihrer Wohnung fesselt, um mit der sechzehnjährigen Tochter einige Stunden zusammensein zu können. Hier deutet die fortbestehende räumliche Nähe der Eltern zu der Minderjährigen darauf, daß eine Trennung, wie die oben dargelegte Wortinterpretation sie verlangt, nicht gegeben ist. Doch kann ebensowenig wie in den gerade angeführten Fällen eine Störung elterlicher Einflußmöglichkeiten geleugnet werden. Müßte man deshalb nicht ein "Entziehen" bejahen?

Schließlich bietet der Wortsinn noch in anderer Hinsicht kaum Gewähr für eine hinreichend klare Antwort. Das ihm zu entnehmende formale Kriterium des "Gezogenwerdens" deutet darauf, daß der "modus procedendi" des Täters - was etwa die Dauer der Entfernung des Minderjährigen aus der elterlichen Gewalt angeht - an einem und demselben Maßstab gemessen wird. Ob ein drei- oder dreizehnjähriger Minderjähriger betroffen ist, spielt nach der reinen Wortinterpretation ebensowenig eine Rolle wie die Frage, wie lange der Schutzbefohlene den Eltern vorenthalten wird. Auf derartige Differenzierungen wird man aber nicht verzichten können. Eine strafbedürftige Beeinträchtigung der elterlichen Gewalt liegt nämlich noch nicht vor, wenn ein Kind nur für eine unerhebliche Zeit dem elterlichen Obhutsverhältnis "entzogen" wird. Und für die Frage, welche Zeit erheblich oder unerheblich ist, kann durchaus das Alter des Kindes ins Gewicht fallen.
Dieses letztere Beispiel zeigt damit ebenso wie die zuvor genannten, wie wenig taugliche Kriterien die reine Wortinterpretation liefert, um den Begriff "Entziehen" auszufüllen. Dieser gewinnt andererseits auch nicht dadurch an Substanz, daß man an seine übertragene Bedeutung

anknüpft. Bei einer derartig erweiterten Wortinterpretation erfordert ein „Entziehen" zwar nicht eine Entfernung mittels „Ziehens", d.h.mittels körperlicher Einwirkung auf den Minderjährigen; ausreichend wäre schon, daß der Täter diesen überhaupt aus dem elterlichen Schutzbereich entfernt, wobei es gleichgültig ist, ob er zur Ausführung seines Vorhabens die Mittel der Gewalt, Drohung oder List anwendet oder nicht. [1)]
Damit würde immerhin die Art der Durchführung der gegen den Minderjährigen gerichteten Tat nicht mehr darüber entscheiden, ob die Grenze zum Bereich des „Entziehens" schon überschritten ist oder nicht.
Eine sachgerechte Begrenzung gewährleistet indes diese weitergehende Auslegung ebenfalls nicht. Auch sie verlangt immer noch, daß die Störung des elterlichen Schutzverhältnisses durch eine Einwirkung auf den Minderjährigen verursacht wird. Wer, wie in dem oben gebildeten Beispiel [2)], die Eltern fesselt, würde demnach die Tochter nicht „entziehen". Gegen dieses Ergebnis spricht, daß es letztlich gleichgültig ist, von welcher Seite her die elterlichen Verbindungen zu den Kindern beeinträchtigt werden : Allein auf die Störung der Erziehungsmöglichkeiten abgestellt, erscheint es deswegen willkürlich, nur im Fall des Vorgehens gegen den Minderjährigen ein „Entziehen" anzunehmen, den Angriff gegen die Eltern dagegen nicht als „Entziehen" zu werten.

Im übrigen gibt die übertragene Bedeutung des Begriffs „Entziehen" keinen Aufschluß darüber, inwieweit die Dauer der Entfernung aus der elterlichen Gewalt zu berücksichtigen ist. Für an sich nahe liegende Differenzierungen,z.B.

---

1) RGSt 18/273,278; RG Rspr 1o/74,78; Fichtl S.64,Nippgen S.53; Olshausen § 235 Anm 2 a; Villnow aaO.
2) S.5.

nach dem Alter des Minderjährigen und der davon im allgemeinen abhängigen Schutzbedürftigkeit, liefert auch sie keine Maßstäbe.
Kann folglich der Begriff "Entziehen" weder in seiner wörtlichen noch in seiner übertragenen Bedeutung die erörterten Schwierigkeiten beseitigen, so ist es zu seiner Eingrenzung unumgänglich, sich auf das Schutzobjekt des § 235 zu besinnen.

2.a. Zu seiner Bestimmung bieten sich mehrere Möglichkeiten an. Zunächst wäre denkbar, dem Kinderraub nur eine einzige Aufgabe zuzuweisen: nämlich entweder die familienrechtlichen Interessen der Personensorgeberechtigten[1)]

---

1) RGSt 15/34o,342f=Rspr 9/1o2; 18/273,276; 24/133,137; 27/1,2; 48/325,326; 66/254,255; RG JW 1916/1198; 1935/31o8=HRR 1938 Nr 77; 1938/1388; DR 1942/438=HRR 1942 Nr 611; HöchstRR 1/6o= HRR 1925 Nr 6o; GA Bd 48/132; 6o/82; Rspr 8/465,476; 1o/74,78; Das Recht 19o6 Nr 2183; LZ 1914 Sp 194. BGHSt 1/199,2oo; 1/364; 1o/376,378; 16/58,61; BGH NJW 1963/1412,1413. SächsOAG GA Bd 21/6o4; 26/231; OLG Kiel GA Bd 37/211; BayObLG GS Bd 97/188,189; OLG Bremen JR 1961/1o7; OLG Stuttgart NJW 1968/1341. Von den älteren Vertretern im Schrifttum seien genannt: Berner S.53o; Fichtl S.32; Finger S.615; Frank § 235 Anm 1; Gerland S.525 (unklar: Freiheit der Eltern); Geyer Bd 3 S.6o3; Hälschner LB S.142; Hey S.37; Honig S.161f; Knitschky S.266,285,296; Merkel S.313 und in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd 2 S.743; Nippgen S.24; Oppenhoff-Delius § 235 Anm 1; Rosenfeld S.4o6,497; Schwartz § 235 Anm 2; Stockmayer S.33. Von den neueren Autoren seien erwähnt: Dreher § 235 Anm 2; Kohlhaas UJ 1958/32o; Kohlrausch-Lange § 235 Anm I; Lackner-Maassen § 235 Anm 2; Maurach BT § 16 II, Nachtrag S.9; Mezger S.42; Mezger-Blei II S.64; Mühlmann-Bommel § 235 Anm 2; Niethammer S.217; Petters-Preisendanz § 235 Anm 1; Pfeiffer-Maul-Schulte § 235 Rdnr 1; Schaefer LK, 8. Aufl, § 235 Anm I,II a (unklar dagegen Heimann-Trosien LK, 9. Aufl, § 235 Rdnr 2; § 238 Rdnr 2); Schönke-Schröder § 235 Rdnr 1; § 238 Rdnr 3 (vgl aber § 235 Rdnr 14); Schwalm Nds VI S.25o; Schwarz S.83; Sturm NJW 1969/16o6,16o9; Welzel LB § 43 IV 1. Vgl auch die Entwürfe (Eine bis 193o reichende Übersicht findet sich bei Nippgen S.68ff): § 235 VorE 19o9; § 3o4 E 1913; § 34o E 1919; § 281 E 1925; § 313 E 1927, 193o; § 2o1 E 1935; § 196 E 196o, 1962; AE, Sexualdelikte, S.65 ("Jugendschutz"), Straftaten gegen die Person, § 131.

oder die Belange des Minderjährigen[1] zu schützen. In den Schutzbereich des § 235 könnten die soeben genannten Interessen aber auch gemeinsam[2] - und zwar kumulativ oder alternativ - einzubeziehen sein.

Angesichts dieser verschiedenen, in ihren Konsequenzen - etwa hinsichtlich der Voraussetzungen einer Einwilligung - nicht einheitlich zu beurteilenden Möglichkeiten ist es unabweisbar, sich näher mit ihnen auseinanderzusetzen und sie darauf hin zu überprüfen, welche von ihnen am ehesten zu einer sachgerechten Bestimmung des in § 235 geschützten Rechtsguts führt.

Diese Prüfung könnte jedenfalls bei oberflächlicher Betrachtungsweise von drei Umständen beeinflußt werden: von der Bezeichnung der Tat gemäß § 235 als "Kinderraub"[3], von der Einordnung des Vergehens unter die Straftaten gegen die persönliche Freiheit[4] sowie von der Entstehungsgeschichte der Vorschrift[5]. Bei näherem Hinsehen indes brauchen die beiden zunächst genannten Kriterien nicht weiter beachtet zu werden: In § 235 findet sich die Bezeichnung "Kinderraub" nicht. Derartige "Etiketten" werden in der Regel von Kommentatoren oder Lehrbuchverfassern verwendet, um den Kern des jeweiligen Delikts zu kennzeichnen. Sie enthalten jedoch

---

1) Beling ZStW Bd 18/267,289.
2) V. Liszt-Schmidt S.532; H. Meyer S.512; vgl auch Meyer-Allfeld S.328,392; Sauer S.293/294 (unklar), s.a. S. 299 und S.81; Villnow S.1o8.
3) Vgl Beling ZStW Bd 18/267,289.
4) Vgl Villnow S.1o8.
5) In diesem Sinne etwa Knitschky S.285.

keine Begriffsbestimmung [1].

Bei der Suche nach dem geschützten Rechtsgut gibt die systematische Stellung des § 235 ebenfalls keinen verläßlichen Anhaltspunkt.

Zwar bildet häufig das "verletzte Schutzobjekt" die Grundlage für die Einordnung der Tatbestände im System des Besonderen Teils. Nicht selten jedoch erscheint die Zusammenfassung bestimmter Delikte in einem Abschnitt willkürlich.[2] Deswegen besagt der Umstand, daß Vorschriften verschiedenen Abschnitten zugeordnet sind, für die Bestimmung des Rechtsgutes ebensowenig wie die Tatsache, daß sie im selben Abschnitt Platz gefunden haben. Das Rechtsgut ist für den jeweiligen Tatbestand gesondert festzustellen, unabhängig von dessen sytematischer Eingliederung. Im übrigen besagt die Kennzeichnung des Muntbruchs als Delikt gegen die persönliche Freiheit nicht, wessen Freiheit gemeint ist: die des Kindes oder die der Eltern. Persönliche Freiheit kann, wie etwa § 24o zeigt, nur im weiten Sinn verstanden werden.

Weisen weder die systematische Einordnung des § 235 noch die Bezeichnung des Delikts als "Kinderraub" den Weg zu einer sachgerechten Umschreibung seiner Schutzaufgabe, so bleibt schließlich noch zu überlegen, ob die E n t s t e h u n g s g e s c h i c h t e des § 235 Aufschluß über dessen Schutzobjekt gibt.

§ 235 geht zurück auf § 23o des zweiten Entwurfs eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. Die letztere Bestimmung faßte die §§ 2o5, 2o6 des ersten Entwurfs (aus dem Jahre 1869) zusammen. Diese §§ 2o5, 2o6, identisch mit den §§ 2o5, 2o6 des preußischen Strafgesetzbuches vom 14.

---

1) Vgl etwa RGSt 18/273,276. Zur relativen Bedeutung der Bezeichnung "Kinderraub" auch BayObLG GS Bd 97/188,189= JW 1928/3o54.
2) Vgl Schönke-Schröder, 12.Auflage, Einführung zum Besonderen Teil, Rdnr 2.

April 1851, finden ihre Vorlage in den §§ 188, 189 des Entwurfs eines preußischen Strafgesetzbuches von 185o. Die Motive zu § 189, die damit zur Bestimmung des in § 235 geschützten Rechtsgutes herangezogen werden können, führen aus, [1] daß eine Handlung bestraft werde, die l e d i g l i c h (d.h. im Gegensatz zu § 188 des E 185o, der daneben noch andere Zwecke verlangte) zum Zweck der Vereitelung des den Eltern oder Vormündern zustehenden Erziehungs- und Beaufsichtigungsrechts verübt werde.

Im übrigen weisen auch die Diskussionen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform darauf hin, daß die Interessen der Kinder und Jugendlichen durch § 235 weder zu seinem alleinigen noch zu seinem gleichgeordneten Rechtsgut erhoben werden. Der Sache nach, so meint Sturm, gehe es um den Schutz der elterlichen Gewalt. [2] Im gleichen Sinne äußert sich neben Dreher [3] auch Güde [4], der ausdrücklich davon spricht, „Schutzobjekt sei das Recht des Sorgeberechtigten". Daß § 235 die elterlichen Befugnisse und nur sie schützt, setzt auch Müller-Emmert voraus, wenn er - im Rahmen der Diskussion über eine Senkung der bisher bei einundzwanzig Jahren liegenden Altersgrenze - ausführt, [5] „Minderjährige von unter 16 Jahren seien sicher beeinflußbarer und unterlägen mehr der elterlichen Gewalt als solche von über 16 Jahren".

Somit liefert die Entstehungsgeschichte der Kindesentziehung einen nicht zu übersehenden Hinweis darauf, daß dem Schutz des § 235 a l l e i n das S o r g e r e c h t anvertraut werden soll.

Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nicht endgültig darüber entschieden, daß n u r die Sorgeberechtigten Rechtsgutträger im Sinne des § 235 sind. Ein solches Ergeb-

---

1) Vgl RGSt 18/273,279.
2) Vgl Prot V S.2873 und NJW 1969/16o6,16o9f.
3) Prot V S.2387.
4) Prot V S.2387.
5) Prot V S.2387; vgl auch Corves Prot V S.2388.

nis ist solange nicht hinreichend begründet, als nicht in zwei weiteren Punkten Klarheit erzielt worden ist. Zunächst ist - bei Zugrundelegung jener in der Entstehungsgeschichte des § 235 zum Ausdruck gekommenen Auffassung - offen, ob nicht im Schutz des Personensorgerechts der Schutz der Minderjährigen als immanent eingeschlossen ist. Sollte diese Frage verneint werden müssen, wird zu überlegen sein, ob dem § 235 - entgegen seiner Entstehungsgeschichte - der Schutz der Belange der Minderjährigen als zusätzliche Aufgabe zuzuweisen ist.

Zur Beantwortung der ersten der soeben gestellten Fragen ist es notwendig, näher auf Sinn und Zweck des Personensorgerechts einzugehen. Das Sorgerecht bildet neben dem Recht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, einen der beiden Bestandteile der elterlichen Gewalt,[1] § 1626 Abs. 2 BGB. Ihre Gewalt haben die Eltern[2] nach § 1627 BGB in eigener Verantwortung und in gegenseitigem

---

1) Nach § 1626 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge (BR-Drs 69o/73 v. 8. 11. 1973) soll dieser - nicht mehr zeitgemäße, vgl dazu etwa Zens, Das Standesamt 1973/257 - Begriff durch denjenigen der elterlichen Sorge ersetzt werden. Diese umfaßt - in Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechtszustand - Personen- wie Vermögenssorge.

2) Beim Tode eines Elternteils steht das Recht dem anderen Teile allein zu, § 1681 I BGB; vgl BGHSt 1/2oo; BGH NJW 1963/1412,1412. Dasselbe gilt, wenn ein Elternteil für tot erklärt oder seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt worden ist, § 1681 II 1 BGB. Diese Rechtsfolge tritt auch ein, wenn beide Ehepartner in Scheidung oder für dauernd getrennt leben und ein Elternteil die elterliche Gewalt verwirkt, § 1679 II BGB, oder wenn sie ihm entzogen wird, §§ 168o iVm 1679 II BGB. Maßnahmen nach dem JWG indes beseitigen das Sorgerecht als solches nicht, weder im Fall der Erziehungsbeistandschaft und der Freiwilligen Erziehungshilfe (BGH MDR 1962/75o; NJW aaO) noch bei einer Fürsorgeerziehung. Jedoch kann das Sorgerecht im letzteren Fall nicht ausgeübt werden, vgl Palandt-Lauterbach § 1666 Anm 8; § 69 JWG Anm 1 b.

Einvernehmen zum Wohle des Kindes auszuüben. Diesem Leitbild der elterlichen Befugnisse läßt sich für die hier interessierende Frage nach deren Wesen und Ziel zweierlei entnehmen: Durch das Merkmal der "eigenen" Verantwortung wird zunächst auf den Kern des Sorgerechts hingewiesen. Er liegt in der grundsätzlichen Freiheit der Eltern oder der ihnen gleichgestellten Personen, die Erziehungsziele und die Methoden ihrer Verwirklichung selbst, d.h. nach eigenem Ermessen,[1] zu bestimmen. Soweit sich ein Dritter - sei es eine Privatperson, sei es der Staat (vgl Art. 6 Abs. 2 und 3 GG) - derartige Befugnisse anmaßt, können die Sorgeberechtigten daher diese Übergriffe regelmäßig abwehren. Aber nicht nur im "Außenverhältnis" kommt den Eltern prinzipiell das Entscheidungsvorrecht zu. Auch im Verhältnis zu ihrem Schutzbefohlenen legen grundsätzlich die "Gewalthaber" fest, was im Hinblick auf die Personensorge zu geschehen hat. Der Wille des Minderjährigen ist damit ebenfalls - von wenigen Ausnahmen abgesehen[2] - unmaßgeblich.

Bestätigt § 1627 BGB somit einmal die Erziehungsautonomie der Eltern, so stellt er ihnen zum anderen die Aufgabe, bei der Ausübung ihrer Befugnisse sich nicht lediglich von eigenen Wünschen leiten zu lassen, sondern dabei immer das Wohl des Kindes im Auge zu behalten. Damit wird den Sorgeberechtigten ein Verhalten abverlangt, das auf der Grundlage der jeweiligen physischen und psychischen Konstitution des Kindes dessen Physis stärkt, seine Anlagen und Fähigkeiten ent-

---

1) Vgl BVerfG NJW 1958/865; Peters S.375.

2) In höchstpersönlichen Angelegenheiten wird dem Minderjährigen uU ein eigenes Entscheidungsrecht zugestanden. So kann er z.B. sein religiöses Bekenntnis bestimmen, falls es das 14. Lebensjahr vollendet hat, § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung. Auch ist dem Minderjährigen im Fall seiner Einwilligungsfähigkeit möglich, in die Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter einzuwilligen, vgl statt aller Schönke-Schröder § 51 Vorbem. 39f.

wickelt und dadurch das Erziehungsziel zu erreichen sucht.[1] Das Elternrecht ist mithin als pflichtgebundenes Recht zu begreifen.[2] Daraus folgt aber nicht, daß der Minderjährige auch oder gar alleiniger Rechtsgutträger im Sinne des § 235 ist. Denn er kann aus der in § 1627 BGB enthaltenen Verpflichtung der Gewalthaber kein eigenes subjektives Recht herleiten. Vielmehr wird er nur reflexmäßig begünstigt.[3]

Schließt nach den vorstehenden Darlegungen ein Schutz des Sorgerechts keineswegs den Schutz der Belange des Minderjährigen ein, so sind - geht man von der Entstehungsgeschichte des § 235 aus - allein die Inhaber des Sorgerechts Rechtsgutträger im Sinne dieser Vorschrift. In Konsequenz dieser Auffassung könnten die Sorgeberechtigten durch Einwilligung mit dem "Eingriff des Täters" in ihre Rechte dessen Strafbarkeit ausschließen.[4] Die Wirksamkeit der Einwilligung hinge dabei nicht von einer Zustimmung der minderjährigen Person ab. Gerade dieser Umstand könnte Anlaß geben zur Frage, ob die Belange des Minderjährigen hinreichend beachtet sind oder ob nicht § 235 entgegen seiner Entstehungsgeschich-

---

1) Vgl Gernhuber FamRZ 1973/229,23off.
2) Vgl BGH NJW 1965/394,395. Die Verknüpfung des Rechts zur Pflege und Erziehung mit der Pflicht dazu ergibt sich ferner aus Art. 6 II 1 GG. Diese Vorschrift, nach der Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht sind, findet wegen ihrer Leitlinienfunktion für die Auslegung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften (vgl Palandt-Lauterbach Einf vor § 1626, Anm 5) auch im Rahmen des § 235 Berücksichtigung. Anders als bei allen anderen Grundrechten ist hier die Pflicht zur Förderung des Kindeswohles nicht eine das Recht (von außen) begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil des Elternrechts, vgl BVerfG NJW 1968/2233,2235. S. weiter Hahnzog FamRZ 1971/334,337,339; von Livonius S.13f; Reuter S.82-85; Stein S.1o,12; Wolf FamRZ 1968/493,496f.
3) Becker RdJ 197o/364,365; Hahnzog aaO S.34o Fn 99; Peters S.378; Staudinger-Göppinger § 1666 Vorbem 34.
4) Näheres S.88ff.

te alternativ den Schutz des Kindes mitzuübernehmen hat. Denn sollten allein die Sorgeberechtigten über die Strafbarkeit nach § 235 entscheiden können, so würden sie gleichzeitig auch über die dem Schutzbefohlenen zu-kommende objektive Begünstigung [1] zu bestimmen vermögen. Gegen dieses Ergebnis bestehen zwar solange keine Bedenken, als die Eltern ihr Einverständnis unter Beachtung des Wohles des Kindes (§ 1627 BGB) erteilen. Zweifel an der Sachgerechtheit jenes Ergebnisses tauchen indes auf, wenn die Erziehungsberechtigten den Pflegebefohlenen durch eine „unzulässige Verfügung" der Gewalt eines anderen überantworten und damit die „geschützte Lage" des Kindes beeinträchtigen. Doch selbst in Fällen dieser Art greifen letztlich die Bedenken gegen die Postulierung des Sorgerechts zum alleinigen Schutzobjekt des § 235 nicht durch. Zwar „unterminiert", wie soeben erwähnt, die Einwilligung eines „pflichtvergessenen Erziehers" die reflexmäßige Begünstigung, die § 235 dem Minderjährigen verschafft. Dessen Interessen sind dennoch ausreichend geschützt [2]: Gegenüber dem „Kindesentzieher" besteht Strafschutz vor allem unter den Voraussetzungen der §§ 239, 24o. Gegenüber dem Sorgeberechtigten wird dem Minderjährigen Schutz von § 17o d zuteil, einer Bestimmung, die die grobe Verletzung

---

1) S. hier S.13.
2) So auch Schwarz S.139.

der Fürsorge- und Erziehungspflicht unter Strafe stellt. Angesichts dieser Möglichkeiten, den Interessen des Minder-jährigen Rechnung zu tragen, bestehen keine Bedenken dagegen, mit der in der Entstehungsgeschichte des § 235 zum Ausdruck gekommenen, in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend gebilligten Ansicht als Rechtsgut dieser Vorschrift allein das Sorgerecht zu bestimmen.

Dieser Beurteilung entspricht die Begründung zu § 196 E 1962 [1]: § 196, eine Verbindung der §§ 235 und 237 aF, stelle durch seine Überschrift („Muntbruch") und durch seine Fassung klar, daß das Recht zur Sorge für die Person eines Minderjährigen gegen bestimmte Angriffe von außen geschützt werde. Daher wurde die Vorschrift in den Titel „Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand" eingefügt. [2] Jener herrschenden Meinung trägt auch § 131 des die „Straftaten gegen die Person" behandelnden Alternativentwurfs Rechnung, wenn dort die Beeinträchtigung der Personensorge im Titel „Straftaten gegen Minderjährige" eingeordnet ist. Damit wird sichtbar, daß das subjektive Recht auf Personensorge als Voraussetzung erzieherischen Bemühens im Interesse des Minderjährigen geschützt wird. [3]

---

1) S.351.
2) Vgl auch Sturm NJW 1969/1606,1609.
3) Vgl AE, Sexualdelikte, Begründung zu § C 2, S.65.

b. Mit der Feststellung, Rechtsgutträger des § 235 sei ausschließlich der Sorgeberechtigte, ist eine erste Eingrenzung des Begriffs „Entziehen" erreicht. Viel ist damit für eine nähere Konkretisierung indes noch nicht gewonnen. Die entscheidende Frage, welche Handlungen als strafbares „Entziehen" zu werten sind, läßt sich erst beantworten, wenn Klarheit über Inhalt und Umfang des Schutzobjekts besteht.

Da bereits erkennbar wurde, daß das Rechtsgut wesentlich durch das Personensorgerecht des Erziehungsberechtigten geprägt wird, soll dieses Recht im folgenden näher beleuchtet werden.

aa. Das Sorgerecht der Eltern wird - ebenso wie dasjenige von Vormund und Pfleger (vgl §§ 1800 I, 1915 I BGB) - in den §§ 1631 bis 1633 BGB näher umschrieben.[1] Es gibt den Berechtigten die Möglichkeit , „das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen", § 1631 BGB, und es von jedem herauszuverlangen, der es ihnen vorenthält , § 1632 BGB.

(1) Fraglich ist, ob der dem Personensorgerecht durch § 235 gewährte Schutz auch dann eingreift, wenn sich die in § 1631 BGB angeführten Befugnisse nicht in e i n e r Hand vereinigen, Beispielsweise [2] kann das Sorgerecht (vom Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 BGB) derart aufgeteilt werden, daß dem Jugendamt das Recht zur Aufent -

---

1) Vgl BGHSt 1/200; 1/364; RGSt 66/254, 255; s.a.Palandt-Lauterbach § 1631 Anm.1.
Das Personensorgerecht hat auch die nichteheliche Mutter, vgl § 1707 I 1 aF BGB. Insofern ist die Erweiterung ihrer Rechte (vgl §1705 I 1 nF BGB, dazu Lange NJW 1970/297, 303) ohne Bedeutung.

2) Wie etwa in einem vom OLG Bremen, JR 1961/107, entschiedenen Fall.

haltsbestimmung übertragen wird, während der volljährigen nichtehelichen Mutter die Befugnis zur Festsetzung des Erziehungszieles bleibt.[1)]

Der BGH[2)] hat - allerdings für den Rechtszustand vor Inkrafttreten des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder am 1.7.197o - die Meinung vertreten, das Jugendamt werde nicht nach § 235 geschützt, falls ihm nicht ausnahmsweise das v o l l e Personensorgerecht übertragen worden sei.

Das Gericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem der unehelichen Mutter selbst das volle Recht zur tatsächlichen Personensorge zustand (vgl § 17o7 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB in der alten Fassung), das Jugendamt daher in seiner Eigenschaft als Amtsvormund lediglich die Stellung eines Beistandes innehatte, § 17o7 Abs. 1 Satz 3 BGB aF. Da schon allein deshalb sein strafrechtlicher Schutz nach § 235 zu verneinen war, kam es auf die hier interessierende Frage, ob § 235 lediglich den Inhaber des v o l l e n Personensorgerechts schützt, nicht an. Die Ausführungen des BGH sind daher nur als obiter dictum aufzufassen, ohne daß seinen Erwägungen allzu viel Bedeutung beigemessen werden dürfte.

Die vom BGH ins Auge gefaßte Lösung läßt sich zudem auf Fälle der Aufspaltung des Erziehungsrechts nicht übertragen, ohne den durch § 235 bezweckten Schutz zu verfehlen. Eine auf § 1666 BGB gestützte Maßnahme trifft das Vormundschaftsgericht immer dann, wenn dem Minderjährigen von seiten des Erziehungsberechtigten Gefahren für sein geistiges oder leibliches Wohl drohen. Je nach dem

---

1) Vgl zu weiteren Fällen Certain ZBlJR 1968/1o4,1o5; Soergel-Siebert-Lange § 1666 Rdnr 33.
2) BGHSt 1/364.

Umfang dieser Gefahren kann das Gericht dem Sorgerechtsinhaber die gesamten Befugnisse entziehen und sie auf einen Vormund übertragen . Es kann sich aber auch - entsprechend jenem Grundsatz des geringsten Eingriffs [1] - damit begnügen, einem „Rabenvater" lediglich die Befugnis zur Erziehung und zur Aufsicht zu nehmen, ihm indes das Recht zur Aufenthaltsbestimmung zu belassen. Soll nun ein „Entziehen" davon abhängig gemacht werden, ob der eine oder andere Fall vorliegt?

Eine solche Unterscheidung zu treffen hieße, Maßnahmen mit unterschiedlichem strafrechtlichen Schutz auszustatten, die in g l e i c h e r Weise von der Rücksicht auf das Wohl des Kindes veranlaßt werden. Das Vormundschaftsgericht müßte sich , ließe man die Differenzierung gelten , ernstlich fragen, ob es noch die Sorgebefugnisse aufteilen soll. Denn wenn § 235 weder gegenüber dem einen noch dem anderen Teilinhaber des Sorgerechts verwirklicht werden könnte, würde sich die Aufspaltung des Rechts letztlich zu Ungunsten des Minderjährigen auswirken: Sie würde ihm den strafrechtlichen Schutz vor einer Beeinträchtigung der in seinem Interesse (!) erfolgten Aufteilung nehmen.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß eine das Wohl des Kindes im Auge behaltende Bestimmung des Umfangs von § 235 auch das eingeschränkte Sorgerecht in den Schutzbereich des Muntbruchs einbeziehen muß. [2] Deshalb hatte das OLG Bremen in dem eingangs angeführten Fall - wie zuvor schon das Reichsgericht bei einem ähnlich gelegenen Sachverhalt [3] - zu Recht keine Bedenken, den Schutz des

---

1) Giesen NJW 1972/225 ; Palandt-Lauterbach § 1666 Anm 5.
2) So auch Heimann-Trosien LK § 235 Rdnr 6 ; Pfeiffer-Maul-Schulte § 235 Rdnr 1.
3) RG Das Recht 1906 Nr 1402 : Hier war das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, der Mutter des Minderjährigen zugesprochen worden.

§ 235 auch auf einen Vormund zu erstrecken, dem lediglich das Recht, den Aufenthalt des Minderjährigen zu bestimmen, übertragen worden war.[1)]

(2) Die auf den vorangegangenen Seiten angestellten Überlegungen haben gezeigt, daß § 235 neben dem vollen auch das eingeschränkte Personensorgerecht schützt. Diese Feststellung sagt indes noch nichts Genaues darüber aus, ob der Muntbruch schon dem S o r g e r e c h t a l s s o l c h e m Schutz verleiht oder ob die Vorschrift daneben verlangt, daß zwischen dem Erziehungsberechtigten und seinem Schutzbefohlenen ein V e r h ä l t n i s t a t s ä c h l i c h e r A r t besteht. Dieser Frage soll daher jetzt nachgegangen werden. Als Ausgangspunkt der Betrachtungen mag folgender Fall dienen:

> Ein siebzehnjähriges Mädchen, dessen Eltern in Hamburg leben, wird an seinem Arbeitsort München nach einer Party entgegen seinem Widerstand für wenige Stunden in einem Auto an einen abgelegenen Ort gebracht.

(a) Man könnte zunächst meinen, nur das t a t s ä c h l i c h a u s g e ü b t e G e w a l t v e r h ä l t n i s genieße Schutz.[2)] Wenn immer die minderjährige Person nicht aus der räumlichen Nähe ihrer Eltern entfernt würde, scheide ein "Entziehen" aus.
Das hätte für das Beispiel folgende Konsequenz: Schon vor der Einladung zur Autofahrt war die tatsächliche Ausübung der elterlichen Gewalt auf Grund der Entfernung zwischen Hamburg und München gänzlich entfallen. Die

---

1) JR 1961/1o7.
2) S. Hausmann zu der ähnlichen Frage im Rahmen von § 237 aF, S.22 Fn2; 67f; 91, insbesondere Fn 1.

Siebzehnjährige konnte deshalb ihre Angelegenheiten selbständig regeln. Folglich bedeutete der Abstecher , zu dem die Minderjährige von ihrem Begleiter „aufgefordert" wurde, keinen Verstoß gegen § 235. [1]

Hält man hingegen diese Vorschrift schon bei der Beeinträchtigung des R e c h t s zur Personensorge für anwendbar, so ist nicht erforderlich, daß sich der Minderjahrige zur Zeit der Tat unter der tatsächlichen Aufsicht der Eltern befindet. [2] Unter § 235 würde eine Handlung bereits dann fallen, wenn sie ohne Einverständnis des Sorgeberechtigten vorgenommen worden wäre. Dieses Einverständnis bräuchte allerdings nicht notwendigerweise speziell für jeden einzelnen Fall erteilt zu werden. Durch einen entsprechenden Konsens könnte dem Minderjährigen auch ein bestimmter Lebensbereich zur freien Gestaltung überlassen werden. Inwieweit dann die Billigung einer Handlung zu seiner Disposition steht, müßte jeweils durch Ermittlung des Umfangs der Einwilligung geklärt werden. [3]
Für den Beispielsfall ist zu sagen, daß die Eltern ihrer in München lebenden Tochter auch die Gestaltung der Freizeit überlassen haben. Ob sich indes das elterliche Einverständnis auch auf die Autofahrt bezog, kann an Hand des Sachverhalts nicht entschieden werden. Hält man die Annahme der Einladung für eine „aus dem Rahmen" der Ein-

---

1) Vgl Horstkotte Prot V S.2381; Schönke-Schröder § 235 Rdnr 9.
2) Vgl RGSt 24/133, 137 ; 48/325,326; RG Rspr 1o/74,78 ; Das Recht 19o6 Nr 2183; HöchstRR 1/6o; JW 1935/31o8; DR 1942/438; BGHSt 16/58,62; BGH NJW 1963/1412, 1413. Heimann-Trosien LK § 235 Rdnr 4; Hey S.37 ; Kohlhaas UJ 1958/32o, 324; Mühlmann-Bommel Anm 2; Olshausen Anm 2 b; Oppenhoff-Delius Anm 6; Pfeiffer-Maul-Schulte Rdnr 2 ; Schaefer LK, 8.Aufl , Anm II a; jeweils zu § 235.
3) Vgl Maurach Nachtrag S.1o; Schönke-Schröder § 236 Rdnr 8.

willigung fallende Handlung der Minderjährigen, müßte nach der zweiten Ansicht ein „Entziehen" im Sinne von § 235 bejaht werden.[1)]

(b) Beiden Meinungen kann nicht gefolgt werden. Denn sie vermögen letztlich dem Schutzcharakter des Sorgerechts nicht gerecht zu werden. Bestimmt man mit der letztgenannten Auffassung das Eltern r e c h t als solches zum Rechtsgut des § 235, so besteht die große Gefahr, den strafrechtlichen Schutz ohne sachliche Notwendigkeit zu weit auszudehnen. Welche Ergebnisse bei Abstellen auf das Eltern r e c h t möglich sind, mag folgender Fall beleuchten:

> Der Ehemann hatte seiner von ihm geschiedenen Frau, der das Sorgerecht über das gemeinsame Kind zugesprochen worden war, das Kind entzogen und seiner Freundin zur Pflege übergeben. Diese verschweigt, daß sie das Kind „für sich" haben will, und verschwindet mit ihm bei günstiger Gelegenheit auf Nimmerwiedersehen.

Es fragt sich, ob es dem Zweck des Sorgerechts entspricht, die Freundin nach § 235 zu bestrafen, weil sie das Kind seiner Mutter entzogen bzw. die durch den Vater vollzogene Entziehung intensiviert hat.[2)] Für eine Bestrafung

---

1) Vgl Dreher Prot V S.2382.
2) Ein „Entziehen" gegenüber dem Vater kommt nicht in Betracht. Das Kind steht hier in keinem r e c h t l i c h begründeten Schutzverhältnis zu ihm. Eine rechtliche Grundlage ist aber für § 235 unabdingbar. Vgl statt aller Schönke-Schröder § 235 Rdnr 1.

spricht zunächst ein Vergleich mit den Vermögensdelikten.[1] Für § 242 ist beispielsweise unbestritten, daß sich die Vorschrift auch auf diejenigen Fälle bezieht, in denen der Täter die Sachen einem Dieb entwendet.[2] Dadurch - aber auch durch andere Einwirkungen auf das Sachvermögen - vgl § 259 - wird der Eigentümer verletzt ,[3] obwohl er an sich jeglicher Einwirkungsmöglichkeiten auf seine Sache beraubt ist.

Eine Übertragung dieses Lösungsweges auf den Fall des Muntbruchs in der Weise , daß sich auch der „Entzieher" eines „entzogenen" Kindes nach § 235 strafbar macht, erscheint jedoch problematisch. Die Einschränkungen, die dem Rechtsinhaber hinsichtlich Eigentum und Personensorgerecht auferlegt werden, sind nämlich zu unterschiedlich . § 903 BGB gibt dem Eigentümer die Befugnis , grundsätzlich nach seinem Belieben mit der Sache zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Damit gestaltet die Vorschrift das Eigentum als ein in hohem Maße eigennütziges Recht aus. Von daher erscheint es nur folgerichtig, wenn das Strafrecht jede Vertiefung oder Aufrechterhaltung einer Eigentumsbeeinträchtigung pönalisiert, die ohne Zustimmung des Berechtigten erfolgt..

---

1) Daß ein solcher Vergleich - freilich aus anderen als den im Text verfolgten Zielen - schon häufiger durchgeführt wurde , zeigt die geschichtliche Entwicklung des Muntbruchs. Früher (s.z.B. das Preußische Landrecht, Teil II , Titel 20 , Abschnitt 13, § 1088) wurde dieser als besondere Art des Diebstahls aufgefaßt. Nachweise bei Knitschky S.259, 299 ; Nippgen S.17, 21. Vgl auch das von Villnow verwendete Bild (S.112), der Handelnde müsse alleiniger Täter sein ,„gleichsam als raube er eine Sache ".
Diese Betrachtungsweise erklärt sich aus dem zivilrechtlichen Verständnis der elterlichen Gewalt als eines (den dinglichen vergleichbaren) absoluten Herrschaftsrechtes über eine Person . Vgl dazu Gernhuber FamRZ 1962/89 ff.

2) Vgl z.B. Schönke-Schröder § 242 Rdnr.15.

3) Ob allein oder neben dem gewahrsambesitzenden Dieb, ist eine hier nicht interessierende Frage. Vgl statt aller Schönke-Schröder § 242 Rdnr 1.

Im Gegensatz zu den sich aus dem Eigentum ergebenden Befugnissen stehen die in § 1631 BGB enthaltenen Rechte den Eltern nicht um ihrer selbst willen zu. Wie zuvor [1] entwickelt, soll das Sorgerecht dem Wohl des Kindes, seiner Entfaltung und Entwicklung dienen. Dieses Ziel zu erreichen vermögen die Eltern indes nur, wenn sie - außer der bloßen Rechtsinhaberschaft - die Möglichkeit haben, entsprechend ihren Vorstellungen auf den Minderjährigen „einzuwirken". Sobald sich dieser aber außerhalb ihres „Einflußbereiches" befindet, wenn also das Sorgerecht nicht „überlagert" und ergänzt wird von einem „tatsächlichen" Verhältnis, [2] können die elterlichen Befugnisse den Minderjährigen nicht vor Schaden bewahren. Sie verkümmern zu einer formalen Rechtsposition. Würde man in dieser Situation einen Muntbruch von der Zustimmung oder Ablehnung der Eltern abhängig machen, näherte man sich wieder jener - schon oben zurückgewiesenen [3] - Auffassung, die in der elterlichen Gewalt ein eigennütziges Herrschaftsrecht sah. Die bloße Rechtsinhaberschaft der Eltern erscheint daher nicht als schutzwürdig. [4]

Für diese Interpretation konnte weiterhin die Einschränkung in Anspruch genommen werden, die das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts für den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Muntbruchs und der Entführung mit Willen mit sich brachte. Auch hier kam zum Ausdruck, daß die Verletzung elterlicher Befugnisse, die auf eine reine Rechtsposition ohne praktische Auswirkungen reduziert sind, nicht von § 235 erfaßt werden soll. Diesem Gesichtspunkt trug der Gesetzge-

---

1) S.11ff.; weiter Simson-Geerds S.249; v. Liszt-Schmidt § 1o4 II 3.
2) Vgl auch Hausmann S.67.
3) S.11ff.
4) So i.E. auch Schröder, der die „bloße Aufnahme eines entlaufenen Kindes" nicht als „Entziehen" bewertet, Schönke-Schröder § 235 Rdnr 5.

ber dadurch Rechnung, daß er die Entziehung aus dem strafbaren Bereich herausnahm, sobald die Minderjährigen das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatten. Damit wurde anerkannt, daß die Heranwachsenden infolge "größerer Selbständigkeit"[1] in aller Regel des Schutzes der Eltern nicht mehr bedürfen.[2] Deshalb entfiel aber auch der innere Grund für eine strafrechtliche Sanktion, obwohl das Elternrecht als solches bis zur Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres fortbestand.[3]

Ergibt sich aus alldem, wie wenig sinnvoll es ist, das Sorgerecht als solches zu schützen, so fragt sich sofort, welcher Art die - jenes Recht "überlagernden" - Beziehungen zwischen den Sorgeberechtigten und ihrem Schützling sein müssen. Zwei Möglichkeiten kommen an sich in Betracht: Einmal könnte als "Entziehen" nur der Eingriff in das t a t s ä c h l i c h ausgeübte, in diesem Sinne unmittelbare Gewaltverhältnis be-

---

1) Vgl die Diskussionsbeiträge von Güde, Diemer-Nicolaus und Müller-Emmert in den Beratungen des Sonderausschusses: Prot V S.2386f.

2) Vgl Hassemer JuS 1969/496; Hohler NJW 1969/1225,1229; Kunert NJW 1969/1229,1231; Maurach Nachtrag S.9; Peters-Preisendanz § 235 Anm 1; Sturm NJW 1969/1606,1610. S. ferner den Ersten Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bundestagsdrucksache V/4094, in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Band 129 S.34/35. - Trotz der vorsichtigen, jedoch begriffsjuristischen - vgl auch § 239 a Abs. 2 aF - und deshalb nicht überzeugenden Kritik von Dreher (Es sei eine "merkwürdige Rechtsfigur, wenn Muntbruch aufhöre, obwohl die Munt weiterbestehe") und von Corves (mit derselben Argumentation), Prot V S.2387f, wurde schließlich einstimmig (bei § 237 aF allerdings mit einer Stimmenthaltung) vorgeschlagen, das "Schutzalter" (vgl zu dieser unpräzisen Terminologie Schwarz S.145 Fn 1) auf 18 Jahre zu senken, Prot V S.2388,2389.

3) Vom 1.1.1975 an beginnt die Volljährigkeit bereits mit Vollendung des achtzehnten Lebensjahres, § 2 BGB idF des Gesetzes zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters vom 31.7.1974, BGBl I 1713.

wertet werden. Im Gegensatz zu dieser bereits zuvor [1] erwähnten Möglichkeit wäre auch denkbar, zum Schutzobjekt des § 235 die A u s ü b b a r k e i t des Sorgerechts, d.h. dessen potentielle Ausübung zu bestimmen. Es käme dann nicht darauf an, daß die Eltern ihr Schutzrecht zur Zeit der Tat tatsächlich betätigten. Entscheidend wäre vielmehr, daß ihnen dies überhaupt möglich wäre. Demnach könnte das Sorgerecht durch Vorgänge, die sich a u ß e r h a l b des Bereichs elterlicher Einwirkungsmöglichkeiten abspielten - erinnert sei an den Fall des entzogenen Kindes, das nunmehr aus der Gewalt des Täters entfernt wird [2] -, nicht verletzt werden.

Wie sich indes bei näherer Betrachtung zeigt, kann von diesen beiden Wegen der erste nicht ernsthaft beschritten werden. Er würde nämlich den Anwendungsbereich des § 235 zu sehr einengen. Denn ob eine minderjährige Person gerade tatsächlich beaufsichtigt wird oder nicht, hängt zu stark vom Zufall ab, als daß dieser Umstand ein maßgebliches Kriterium zur Bestimmung der Reichweite des § 235 sein könnte. Vor allem würde die Einengung dem Umstand, daß die Minderjährigen - insbesondere solche jüngeren Alters - regelmäßig im Hause ihrer Eltern aufwachsen, eine zu große Bedeutung beimessen. Denn einmal setzen der Begriff der Familie sowie die daraus entspringenden Erziehungsrechte keinesfalls voraus, daß zwischen Gewalthabern und Minderjährigen eine häusliche Gemeinschaft besteht.[3] So sind zum anderen auch die Fälle, in denen zwischen Sorgeberechtigten und Schützling eine räumliche Trennung vorhanden ist, tatsächlich nicht selten anzutreffen. Man denke beispielsweise an das Kind, das mit Willen der Eltern bei Verwandten oder Bekannten lebt,[4] in einem Kinder-

---

1) S. o. S.19.
2) S. o. S.21.
3) S. z.B. Erman-Bartholomeyczik Einl. vor § 1297 Anm. 1; Soergel-Siebert-Lange Einl. vor § 1297 Rdnr 1.
4) Vgl RG LZ 1916 Sp 693 (Das Kind war bei seiner Großmutter untergebracht); Kohlhaas aaO.

heim oder Internat erzogen wird oder sich etwa in einem Erholungsheim oder Zeltlager aufhält. Verlieren die Eltern in Fällen dieser Art - vorübergehend oder auch für längere Dauer - die unmittelbare Gewalt, so bleiben sie doch im Besitz der mittelbaren. Dank der damit verbundenen Kontroll- und Lenkungsmöglichkeiten[1] können sie sich jederzeit über die Entwicklung des Kindes informieren und sie nötigenfalls durch gezielte Anordnungen beeinflussen.[2] Zudem sind die Sorgeberechtigten in der Lage, das unmittelbare (räumliche) Gewaltverhältnis über den Minderjährigen - notfalls mit Hilfe von Polizei oder Vormundschaftsgericht[3] - wiederherzustellen: Die Eltern halten somit die Hand über das Kind und sein Wohl auch dann, wenn sie die unmittelbare Gewalt im Augenblick nicht ausüben. Dementsprechend müssen die elterlichen Befugnisse in ihrer ganzen Breite geschützt werden. Desahlb ist es nur folgerichtig, den Bereich des § 235 nicht allein auf den Schutz der tatsächlich bestehenden, in diesem Sinne unmittelbaren "Gewaltverhältnisse" zu beschränken. Vielmehr müssen auch die mittelbaren "Gewaltverhältnisse" geschützt werden, die den Eltern ein Lenkungsrecht belassen und ihnen gegebenenfalls die Ausübung der unmittelbaren Gewalt ermöglichen. Anders ausgedrückt: § 235 schützt neben der tatsächlichen Ausübung der elterlichen Gewalt auch deren Ausübbarkeit. In die Ausübung dieses Rechtes wird auch dann eingegriffen, wenn der Gewalthaber zur Zeit der Tat und während ihrer Dauer das Sorgerecht an sich gar nicht ausüben will. Entscheidend ist, daß er es nicht ohne Beeinträchtigung ausüben kann, wenn er es wollte.
Aus dem Vorstehenden folgt weiter, daß die Tathandlung des § 235 nicht deswegen auszuschließen ist, weil die Sorgeberechtigten mit dem Minderjährigen nach dessen Fortführung noch telefonischen Kontakt halten können. Ebensowenig zwingt al-

---

1) Vgl dazu auch unten S.91ff.
2) Vgl etwa Hahnzog FamRZ 1971/334,338.
3) Vgl Staudinger-Donau § 1631 Rdnr 41.

lein der Umstand, daß den Inhabern des Sorgerechts (lediglich) die Möglichkeit genommen wird, ihr außerhalb des Elternhauses befindliches Kind zu kontrollieren und zu überwachen, zur Verneinung eines "Entziehens".
Die hier vorgeschlagene Betrachtungsweise ermöglicht eine - am Zweck des Sorgerechts ausgerichtete - sinnvolle Eingrenzung des § 235: Bestehen zwischen dem Minderjährigen und seinem Sorgeberechtigten l e d i g l i c h rechtliche Beziehungen, so können Eingriffe Dritter in dieses mehr oder weniger formale Verhältnis nicht als "Entziehen" bezeichnet werden.[1] Von § 235 wird das Sorgerecht nur geschützt, wenn seine Inhaber es tatsächlich ausüben oder jedenfalls ausüben können.[2]

---

1) Vgl RGSt 6/292,294 zur ähnlichen Frage im Rahmen des § 237 aF.

2) Vgl Hey S.37; s.a. S.35; ähnlich Fichtl Fn 3 auf S.64. In diesem Sinne können auch die Ausführungen von Maurach verstanden werden. Er fordert einen "tatsächlichen Entzug aus der unmittelbaren oder mittelbaren Gewalt". BT § 16 II 2, Nachtrag S.9. Ähnlich formulieren Mezger-Blei II S.66, die eine "mittelbare Entziehung" für möglich halten. Kohlhaas muß in gleicher Weise interpretiert werden, wenn er für die Frage der Vollendung darauf abstellt, ob der Sorgeberechtigte der Verbindungs m ö g l i c h k e i t e n zu dem Minderjährigen beraubt ist (UJ 1958/32o,325).
Aus der Rechtsprechung sind folgende Beispiele zu nennen: RG GA Bd 53/287 = Das Recht 19o6 Nr 2o37: Entzug aus der Gewalt des Vormundes, der das Kind vor Jahren bei einer Witwe untergebracht hatte. RG LZ 1916 Sp 693: Entzug aus der mittelbaren Gewalt des Vaters, die dieser über das bei der Großmutter lebende Kind besitzt. Besonders deutlich RG JW 1924/3o5,3o6. Diese Entscheidung sieht in dem Verstecken des Kindes im eigenen Hause dann kein Entziehen, wenn es nur vom Willen des Gewalthabers abhängt, ob er das Haus durchsucht und dadurch seinen Einfluß wieder gewinnt. Vgl weiter RG HRR 1938 Nr 944; BGH MDR 1962/75o = LM Nr 5/6 zu § 235: Entzug einer Siebzehnjährigen aus dem Bereich der Leitung eines Mädchenheimes, der sie von der Mutter zur freiwilligen Erziehungshilfe anvertraut war. Eine ähnliche Sachlage hatte der BGH in NJW 1963/1412 zu beurteilen.

Wendet man diese Grundsätze auf das Ausgangsbeispiel - den Münchener „Partyfall" - an, so muß geprüft werden, ob der Partygast in die potentielle Ausübung des Sorgerechts eingegriffen hat.
Diese Frage ist zu verneinen. Zwar befand sich die Minderjährige an ihrem Arbeitsplatz in München an sich noch innerhalb des Einflußbereiches ihrer Eltern mit der Folge, daß deren Sorgerecht in strafrechtlich erheblicher Weise verletzt werden konnte. Denn trotz der räumlichen Trennung hatten die Sorgeberechtigten grundsätzlich die Möglichkeit, ihre Befugnisse auszuüben: Sie konnten nach München fahren und nach dem Rechten sehen. Eine solche Überwachungsmaßnahme hätte indes im vorliegenden Fall keinen Erfolg gebracht. Da der „Täter" das Zusammensein mit der Minderjährigen nur auf wenige Stunden erstreckte, wären die Eltern - angesichts der Dauer der Anreise - nicht in der Lage gewesen, in jener Zeit Einfluß auf die Tochter zu nehmen. Deshalb wurde die Ausübbarkeit der elterlichen Gewalt hier nicht beeinträchtigt, der Schutzbereich des § 235 nicht berührt.

Mit diesen Ausführungen ist das Personensorgerecht als der eine Bestandteil des in § 235 geschützten Rechtsgutes näher umrissen. Ob es der einzige ist, bleibt im folgenden zu erörtern.

bb. (1) In seiner Entscheidung vom 13.9.1957 [1] erstreckte der Ferienstrafsenat des BGH den Schutz des § 235 auch auf das Besuchsrecht i.S. des § 1634 BGB. Zur Begründung stellt er - im Anschluß an das RG[2] - maßgeblich darauf ab, daß die Befugnis zum Verkehr mit dem Kind zum Erziehungsrecht eines Elternteils gehöre.[3] Da das Erziehungsrecht, wie schon erörtert, letztlich dem Wohle des Kindes dient, würde die vom BGH vertretene Herleitung des Besuchsrechts sicherlich den Weg zu § 235 eröffnen.

---

1) BGHSt 1o/376.
2) Vgl RGSt 66/254,255.
3) AaO S.378; ebenso Giesen NJW 1972/225,227; Kohlhaas EJF DI (Nr 2).

Indes steht diese Argumentation kaum im Einklang mit dem Wortlaut des § 1634 BGB, wonach der verkehrsberechtigte Elternteil[1] über das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, es damit auch zu erziehen, gerade nicht verfügt.[2] Die Begründung des BGH wird deshalb auch zu Recht von Lange[3] und Schwoerer[4] abgelehnt.

Es fragt sich allerdings, ob der Zweck des § 1634 BGB es nicht trotzdem rechtfertigt, das Verkehrsrecht dem Schutzbereich des § 235 einzuordnen. Nach übereinstimmender Ansicht der zivilrechtlichen Judikatur[5] und Literatur[6] soll das Besuchsrecht dem verkehrsberechtigten Elternteil ermöglichen, sich von dem körperlichen und geistigen Befinden des Kindes und seiner Entwicklung durch Augenschein und gegenseitige Aussprache fortlaufend zu überzeugen, die verwandtschaftlichen Beziehungen zu dem Kind aufrechtzuerhalten, einer Entfremdung vorzubeugen wie dem gegenseitigen Liebesbedürfnis beider Teile Rechnung zu tragen.

Schon der letzte Teilsatz der Zweckbestimmung macht - unter Hervorhebung des beiderseitigen Liebesbedürfnisses - deutlich, daß § 1634 BGB auch dem Wohle des Kindes dient.

---

1) Als der ein nichtehelicher Vater nur unter den Voraussetzungen des § 1711 BGB anzusehen ist. Zustimmend zu dieser von § 1634 BGB abweichenden Regelung Giesen NJW 1972/225,229 Fn 53, kritisch Lange NJW 1970/297,303.

2) Das verkennt auch Gernhuber, § 53 III 1 Fn 4. Er meint, die im Text genannte Entscheidung des BGH unterstelle das Verkehrsrecht nur deshalb dem Schutz des § 235, weil sie einen "erziehungsberechtigten" Elternteil betreffe.

3) Soergel-Siebert-Lange § 1634 Rdnr 3,9.

4) Staudinger-Schwoerer § 1634 Anm 8,13; vgl auch Palandt-Lauterbach § 1634 Anm 2.

5) BGHZ 51/519,522; 42/363,371; BayObLG NJW 1969/1767 mwN; vgl weiter BVerfG NJW 1971/1447,1448.

6) Vgl etwa Palandt-Lauterbach § 1634 Anm 2; Soergel-Siebert-Lange § 1634 Rdnr 3; Staudinger-Schwoerer § 1634 Anm 8.

Weiterhin liegt es im Interesse des Kindes, daß sich der nichtsorgeberechtigte Elternteil von seiner Entwicklung überzeugen und im Fall des Versagens des Sorgerechtsinhabers auf § 1696 oder § 1666 BGB gestützte Maßnahmen veranlassen kann. Nicht zuletzt entspricht es dem Interesse des Kindes, daß einer Entfremdung zwischen ihm und dem nichtsorgeberechtigten Elternteil vorgebeugt wird : nicht nur aus materiellen Gründen, da ein besuchsberechtigter Elternteil häufig seiner Unterhaltspflicht großzügiger und bereitwilliger nachkommen wird, sondern gerade auch im Hinblick auf die - in den §§ 1696, 1681 I und 1678 II BGB vorgesehene - Möglichkeit, daß diesem Elternteil das Sorgerecht wieder zufällt.

Neben diesen Vorteilen wird die Ausübung des Besuchsrechts dem Kind häufig auch Nachteile bringen. Namentlich Jugendpsychiater weisen auf die Gefahren hin, die dem seelischen Gleichgewicht des im Spannungsfeld der geschiedenen Eltern stehenden Kindes drohen .[1] Dieser Gesichtspunkt könnte dazu führen, die Strafwürdigkeit eines Eingriffs in das Besuchsrecht zu verneinen [2] und deshalb ein „Entziehen" auszuschließen..

Eine solche Konsequenz ist jedoch nicht zwingend. Sie wäre es nur dann, wenn sich eine Verkehrsregelung für das Kind notwendigerweise nachteilig auswirken würde. Davon kann aber keine Rede sein. Einmal bietet das Verfahren, in dem das Vormundschaftsgericht - nach Lage des Einzelfalles auf Grund eingehender Ermittlungen unter Zuziehung des Jugendamtes [3] - Art , Ort und Dauer des Verkehrsrechts festsetzt, weitreichende Gewähr dafür, daß sich das Recht

---

1) Vgl etwa Lempp NJW 1963/1659, 1661 f; 1964/44o, 441; 1972/315, 317; s.a.Giesen NJW 1972/225, 227; Nowka FamRZ 196o/218, 219.S.weiter BVerfG aaO S.1449.

2) So im Ergebnis Baldus (unter Hinweis auf die von § 1666 BGB geschaffenen zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten), Dreher und Koffka , Nds VIII S.372 f.

3) Vgl Schwoerer NJW 1964/6,7.

auch tatsächlich günstig auswirkt. Sollte sich aber in diesem oder jenem Fall herausstellen, daß trotz der sorgsamen Prüfung die praktische Durchführung der Verkehrsregelung dem Kinde überwiegend Nachteile bringt, so gibt § 1634 II 2 BGB dem Gericht die Befugnis, das Besuchsrecht für eine bestimmte Zeit oder dauernd auszuschließen.
Zum anderen kann das Gericht auch von einer Besuchsregelung ganz absehen, wenn - wie regelmässig bei beinahe erwachsenen Kindern, die es ablehnen, sich mit dem Elternteil zu treffen - der Zweck des Verkehrsrechts, hier insbesondere die verwandtschaftlichen Beziehungen zu pflegen und einer Entfremdung vorzubeugen, nicht mehr erreicht wird. [1]
In Anbetracht dieser Möglichkeiten, schädlichen Auswirkungen des Besuchsrechts vorzubeugen oder es in Fällen seiner Sinnentleerung zu versagen, kann das Recht wegen seiner generellen Vorteile für das Kind nicht aus dem Schutzbereich des § 235 herausgenommen werden.[2]

(2) Allein aus der Feststellung, daß die Vorschrift des Muntbruchs ihren Schutz auch auf das Besuchsrecht erstreckt, wird indessen noch nicht deutlich, welcher Art die Beeinträchtigung dieses Rechts sein muß, damit von einem „Entziehen" gesprochen werden kann. Liegt der strafrechtlich relevante Vorwurf schon in der Vereitelung des R e c h t s a u f K o n t a k t n a h m e oder muß für ein „Entziehen" ein E i n g r i f f i n d e n b e r e i t s e i n g e r ä u m t e n V e r k e h r verlangt werden?

---

1) Vgl OLG Hamm FamRZ 1965/63; LG Dortmund FamRZ 1967/5o; Soergel-Siebert-Lange § 1634 Rdnr 2o.
2) Vgl Dölle § 98 I 1; Schwoerer aaO; Schäfer Nds VIII S.372; Soergel-Siebert-Lange § 1634 Anm 3; Staudinger-Schwoerer § 1634 Anm 8. Vgl auch die bei Haffter auf den Seiten 74 und 117 angeführten Statistiken, aus denen sich ergibt, daß sich das Besuchsrecht überwiegend günstig auswirkt.

Auf den letzteren Standpunkt stellt sich Maurach.[1] Er meint demgemäß, das bloße V o r e n t h a l t e n des persönlichen Verkehrs zwischen dem Kinde und dem nicht sorgeberechtigten Elternteil sei nicht als "Entziehen" zu beurteilen. Eine nähere Begründung für diese Einengung des Anwendungsbereichs des § 235 auf den Fall der "Vereitelung", d.h. positiver Entziehung des zuvor eingeräumten Verkehrs, gibt Maurach allerdings nicht. Er beruft sich zur Stützung seiner Ansicht lediglich auf die Entscheidungen RGSt 66/254 und BGHSt 1o/376. Dieser Hinweis geht indes fehl. Denn BGH wie RG sahen bereits ein Vorenthalten des Besuchsverkehrs als "Entziehen" an. Das zeigen die zu beurteilenden Sachverhalte zur Genüge: Im einen wie im anderen Fall ging es um die Frage, ob die Mutter, der das Sorgerecht übertragen worden war, sich deshalb wegen "Entziehung" strafbar machte, weil sie der Anordnung des Vormundschaftsgerichts, ihrem ehemaligen Ehemann das Kind für die festgesetzte Zeit "zur Verfügung zu stellen", von vornherein (!) nicht nachkam.[2] Vermögen damit die soeben genannten Entscheidungen die von Maurach vorgeschlagene Unterscheidung zwischen "ursprünglicher" und "nachträglicher" Beeinträchtigung des Besuchsrechts nicht zu rechtfertigen, so spricht für diese Differenzierung auch nicht ein - an sich naheliegender - Vergleich mit dem Personensorgerecht. Denn der früher entwickelte Grundsatz, als "Entziehen" nicht schon die Beeinträchtigung des Aufsichts r e c h t s anzusehen,

---

1) BT § 16 II 2; Nachtrag S.1o.
2) Zu einem anderen Aspekt von BGHSt 1o/376 vgl unten S. 44f.

sondern erst den Eingriff in dessen tatsächliche oder potentielle A u s ü b u n g zu pönalisieren, wurde unter Rückbesinnung auf den Zweck gerade des Sorgerechts gewonnen.[1] Dieselbe zweckorientierte Betrachtungsweise muß aber im Fall des Besuchsrechts dazu führen, schon die Beeinträchtigung dieses Rechts strafrechtlich zu erfassen. Wenn das Besuchsrecht, wie an früherer Stelle[2] dargelegt, dazu dient, im Interesse des Minderjährigen dessen Verbindung zum geschiedenen Elternteil aufrechtzuerhalten, so ist es nur konsequent, das Recht in seiner ganzen Breite in den Schutzbereich des § 235 einzubeziehen: Störend auf das Eltern-Kind-Verhältnis wirkt sich nämlich nicht nur ein Eingriff in den bereits h e r g e s t e l l t e n Kontakt aus. Auch Handlungen, die schon die A u f n a h m e von Beziehungen zu dem Minderjährigen vereiteln, sind dem Ziel des Verkehrsrechts in gleichem oder häufig sogar noch stärkerem Maße abträglich. Angesichts dieses übereinstimmenden Störeffekts beider Verletzungshandlungen müßte ihre unterschiedliche strafrechtliche Beurteilung befremden. Deshalb tragen Rechtsprechung[3] und herrschende Meinung[4] zu Recht keine Bedenken, beide Fallgestaltungen einheitlich zu beurteilen und jedesmal ein "Entziehen" anzunehmen.

3. Mit den vorstehenden Ausführungen sind die für die Definition des "Entziehens" grundlegenden Gesichtspunkte herausgestellt worden. Entsprechend der doppelten Schutzrichtung des § 235 kann der Eingriff in seinen Bereich

---

1) Oben S.19ff.
2) S.28ff.
3) RGSt 66/254,255; BGHSt 1o/376,378.
4) Dreher § 235 Anm 3; Martin LM § 235 Nr 3; Mühlmann-Bommel § 235 Anm 2; im Grundsatz auch Mezger-Blei II S.65; vgl auch Welzel LB § 43 IV 1.

von zweierlei Gestalt sein: Soweit sich der Angriff gegen das B e s u c h s r e c h t richtet, reicht die Beeinträchtigung dieser rechtlichen Position aus. Wird hingegen das S o r g e r e c h t betroffen, so liegt ein „Entziehen" nur vor, wenn die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Elternrechts beeinträchtigt wird.
Diese Umschreibung der Tathandlung des Muntbruchs bedarf der näheren Konkretisierung. Sie muß im folgenden Teil vorgenommen werden.

II. Die Konkretisierung des "Eingriffs in die tatsächliche oder potentielle Ausübung der elterlichen Befugniss"[1)]

1. Bestimmen die bisherigen Untersuchungen, von welcher Qualität die Eltern-Kind-Beziehungen vor und zu der Zeit eines Eingriffs sein müssen, so grenzen sie damit den Begriff "Entziehen" zwar ein, können ihn aber noch nicht voll ausleuchten. Sie erfassen nämlich nur **e i n e n** Aspekt der zu bewältigenden Problematik. Wie komplex diese in Wirklichkeit ist, zeigt bereits ein knapper Überblick über die - bislang ausgeklammerten - Kriterien, die in Rechtsprechung und Literatur immer wieder zur näheren Erläuterung des "Entziehens" herangezogen worden sind: So hat man versucht, die Eingriffe in die elterlichen Befugnisse je nach ihrer Tragweite und Auswirkung abzugrenzen, und dementsprechend der Dauer der Entfernung aus der elterlichen Gewalt maßgeblichen Einfluß darauf zugesprochen, ob ein Kind "entzogen" wird oder nicht.[2)] Als entscheidungserheblich ist ferner die Feststellung angesehen worden, daß der Täter zwischen dem Minderjährigen und seinem "Schutzherrn" eine räumliche Trennung herstellt.[3)] Eine Rolle spielte überdies die Art und Weise eines möglichen Zusammenspiels von Täter und Jugendlichem bei dessen "Entziehung".[4)] Nicht unbeachtet ließ man schließlich das Einverständnis der Personensorgeberechtigten mit dem Handeln des Täters.[5)]

Ob und inwieweit diese Kriterien geeignet sind, das Merk-

---

1) Was im folgenden im Hinblick auf das Sorgerecht ausgeführt wird, gilt auch dann entsprechend für das Besuchsrecht, wenn nicht besonders darauf hingewiesen wird.
2) Vgl unten S.37ff.
3) Näheres S.67ff.
4) Unten S.1o9ff.
5) Dazu S.88ff.

mal „Entziehen" scharf einzugrenzen, bedarf eingehender Überprüfung. Dabei ist jedoch nicht möglich, alle Gesichtspunkte voneinander völlig zu trennen. Gewisse Uberschneidungen der verschiedenen Kriterien werden sich nicht vermeiden lassen.

2. „Entziehen" wurde definiert als „Eingriff in die potentielle Ausübung des Personensorgerechts". Diese Formulierung ist insofern neutral, als sie noch keine Aussage über die Art des Eingriffs enthält. Sie läßt offen, ob schon jeder belanglose Eingriff ausreicht oder ob nicht ein Eingriff besonderer Art, ein solcher von besonderem Gewicht zu fordern ist.

a. Um einer Ausdehnung des Tatbestandes entgegenzuwirken, haben sich Rechtsprechung [1] und Literatur [2] auf den letzteren Standpunkt gestellt und dementsprechend für die Annahme eines „Entziehens" nicht schon jedweden Eingriff in die elterlichen Befugnisse genügen lassen. Er müsse diese vielmehr „wesentlich beeinträchtigen". Bloße „Randstörungen" des Sorgerechts, Eingriffe „ohne echten Störungscharakter"[3] seien aus dem strafbaren Bereich herauszunehmen. So soll nicht wegen „Entziehens" strafbar sein, wer einen zehnjährigen Nachbarssohn überredet, gegen den Willen der mit dem „Täter" verfeindeten Sorgeberechtigten in seinem Garten Obst zu pflücken.[4] Ferner dürfe nicht wegen Muntbruchs belangt werden, wer ein Kind trotz elterlichen Verbots zu einem Spaziergang mitnehme.[5] Schließlich mache sich auch nicht die mit den Eltern verfeindete Großmutter strafbar, die ihr Enkelkind für einen halben Nachmittag zu sich hole.[6]

Begründet wird die einschränkende Auslegung des Muntbruchs

---

1) Vgl RGSt 24/133,138; 7o/251,254; BGHSt 1/199,2oo; 1o/376,378;16/58,61; OLG Bremen JR 1961/1o7.
2) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 235 Anm 3; Fichtl S 65f; Heimann-Trosien LK § 235 Rdnr 3; Mühlmann-Bommel § 235 Anm 2; Nippgen S.53; Olshausen Anm 2a; Petters-Preisendanz Anm 4; Pfeiffer-Maul-Schulte Rdnr 2; Schönke-Schröder Rdnr 5; je zu § 235.
3) So die Begründung zu § C 2 AE, Sexualdelikte,S.65.
4) Vgl das Beispiel in Martins Anmerkung zu BGHSt 16/58:LM nach § 235 Nr. 4.
5) Vgl RGSt 18/273,277; v.Buri GS Bd 27/517,524; Bd 29 Beilage S.82; Knitschky S.297; Kohlhaas:Anmerkung zu BGHSt 1o/376 in EJF D I (Nr 2); Niethammer S.217; Olshausen § 235 Anm 2c.
6) Vgl Mezger-Blei II S.64f.

vor allem mit dem Hinweis,[1] eine nur v o r ü b e r g e h e n d e Unterbrechung der Beziehungen zwischen Eltern und Kind könne noch nicht als „Entziehen" angesehen werden. Durch diese Aussage rückt das Zeitmoment- d.h.die Frage, wie lange ein Eingriff in die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Sorgerechts gedauert haben muß, um noch als wesentliche Beeinträchtigung zu gelten - zu einem wichtigen Entscheidungskriterium dafür auf, ob ein „Entziehen" vorliegt oder nicht. Im Wege einer groben Übersicht sei angemerkt, daß die Literatur sowie das Reichsgericht ein „Entziehen" nur bei einer „gewissen Dauer" bejahen,- die Schwierigkeiten tauchen dementsprechend erst bei der Frage nach deren Konkretisierung auf -, während der Bundesgerichtshof das Zeitmoment zwar nicht für unwesentlich hält, unter Umständen aber ganz darauf verzichtet, wie an Hand einiger Entscheidungen später dargestellt werden soll.

b. Um Berechtigung und Begrenztheit des Zeitmoments als Abgrenzungskriterium voll zu erfassen, sei kurz aufgezeigt, welche Formulierungen Rechtsprechung und Literatur zur Konkretisierung anbieten und wie sie im Einzelfall entscheiden.

Auf die Bedeutung des Zeitfaktors weisen schon die frühesten Urteile des Reichsgerichts hin. Sie machen ein „Entziehen einmal [2] davon abhängig, daß „ein Zustand von gewisser Dauer" hergestellt wird, der die Ausübung des Erziehungsrechts vereitelt,[3] und nehmen zum anderen [4] eine nur vorübergehende Verhinderung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Minderjährigen und seinen Erziehungsberechtigten aus dem Bereich des § 235 heraus. Auch spätere Entscheidungen verlangen für ein „Entziehen", „daß die Rechts-

1) Vgl etwa v.Buri; Knitschky, Nietnammer, Olshausen, alle aaO.
2) So RG GA Bd 6o/82.
3) Vgl auch RGSt 18/273,277; 24/133,137f.
4) So RG JW 1924/3o5.

ausübung und die Rechtsdurchsetzung" (der elterlichen Gewalt) „für eine geraume Zeit aufgehoben und verhindert wird"[1] oder daß die Entfernung der Kinder tatsächlich von einer gewissen Dauer sei.[2] Schließlich wird ein Verhalten nur dann als „Entziehen" gewertet, wenn der Täter das Erziehungs- und Aufsichtsrecht „durch wenigstens zeitweilige Vereitelung" verletzt[3] oder es „für eine gewisse Dauer"unwirksam macht[4].

Auch der Bundesgerichtshof hält - wenigstens der grundsätzlichen Formulierung nach - die Dauer der Trennung zwischen Eltern und Kind für nicht unwesentlich. Seiner Meinung nach[5] liegt eine Entziehung dann vor, wenn das Personensorgerecht „auf eine gewisse Zeit" - oder, wie er an anderer Stelle[6] formuliert: „für eine nicht ganz nur vorübergehende Zeit" - tatsächlich unwirksam gemacht oder doch so wesentlich beeinträchtigt wird, daß es nicht ausgeübt werden kann.

Diese Definition übernimmt das OLG Bremen.[7] Das OLG Hamm[8] fordert - und rückt damit in die terminologische Nähe von RG GA Bd 6o/82[9] - einen „Zustand von gewisser Dauer".

Von diesen nahezu übereinstimmenden Formulierungen weichen das BayObLG und das KG ab. Sie stellen vom Wortlaut her strengere Anforderungen an das Vorliegen eines „Entziehens". Das BayObLG[10] läßt nur einen schwereren, für <u>längere</u>

---

1) So RGSt 7o/251,254.
2) RG HRR 1936 Nr 77 = JW 1935/31o8.
3) RG JW 1938/1388 = HRR 1939 Nr 994.
4) RG DR 1942/438 = HRR 1942 Nr 611.
5) BGHSt 1/199,2oo (unter Hinweis auf RG DR 1942/438); 1o/376, 378; 16/58, 61.
6) BGHSt 1/364.
7) JR 1961/1o7.
8) OLGSt Bd 1 § 235 S.1.
9) Oben S. 38.
1o) GS Bd 97/188,189 = JW 1928/3o54.

Zeit fortwirkenden Eingriff in die Rechte der Eltern genügen. Ähnlich formuliert das KG [1], wenn es das „Entziehen" als „die Herbeiführung ... eines länger dauernden Zustandes" umschreibt.

Die Vertreter der Literatur folgen in der überwiegenden Zahl den Bahnen, die Reichsgericht und Bundesgerichtshof vorgezeichnet haben. Das „Entziehen" müsse einen Zustand von einer gewissen Dauer herbeiführen, [2] setze eine Trennung von einer gewissen zeitlichen Dauer voraus, [3] bestehe in einem dauernden oder zeitlichen Behindern der Ausübung des Elternrechts [4] oder müsse eine gewisse Zeit hindurch fortdauern. [5]

Von diesen Formulierungen, die - jedenfalls in ihrer abstrakten Form - keine unterschiedlichen Sachaussagen bedeuten, [6] setzt sich lediglich Frank ab. Er vertritt unter Hinweis auf das oben angeführte Urteil des BayObLG die Ansicht, nur „eine längere Dauer des rechtswidrigen Zustandes" könne ein „Entziehen" sein. [7]

---

1) KG J Bd 23 C 67.
2) So Kohlrausch-Lange § 235 Anm IV; Niethammer S.217.
3) So Dreher § 235 Anm 3; Mezger-Blei II S.64; Welzel LB § 43 IV 1.
4) Geyer Bd.4 S.4o1.
5) Vgl Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 235 Anm 5; Lackner-Maassen § 235 Anm 5; Meyer-Allfeld S.399; Olshausen § 235 Anm 2c; Petters-Preisendanz § 235 Anm 4; Pfeiffer-Maul-Schulte § 235 Rdnr 5; Schaefer LK,8.Aufl, § 235 Anm 2a.
6) Vgl insbesondere Schönke (1.Aufl) Anm II 1; Schönke-Schröder (14.Aufl) Rdnr 4; (16.Aufl) Rdnr 6, jeweils zu § 235.
7) § 235 Anm II.

Dieser knappe Überblick über die grundsätzlichen Formulierungen mag genügen. Er macht bereits deutlich, daß Rechtsprechung und Literatur dem Zeitfaktor große Bedeutung zusprechen. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß a l l e Zeitangaben noch vage und unbestimmt sind. Wichtig und wesentlich erscheint ihre Konkretisierung im Einzelfall.

aa. In den ersten Entscheidungen des Reichsgerichts, die sich mit dem Erfordernis der „gewissen Dauer" befaßten, handelt es sich um Eingriffe in das Personensorgerecht, die mindestens t a g e l a n g dauerten. Insofern ergaben sich keine besonderen Schwierigkeiten: Eine derartige Dauer implizierte nach Auffassung des Gerichts von vornherein die wesentliche Beeinträchtigung des Elternrechts. In diesem Zusammenhang können genannt werden die Entscheidungen vom 28.1.1884 [1]: Ein gut zehnjähriges Mädchen wird mehrere Wochen lang in einem holländischen Kloster versteckt; und vom 27./3o.11.1888 [2]: Eine Siebzehnjährige verläßt das Elternhaus mit ihrem Verlobten, um nach Amerika zu fliehen. Erst nach Tagen gelingt es dem Vater, die Tochter aufzuspüren und die Überfahrt zu verhindern. Während in diesen Entscheidungen ausdrücklich von tagelangen Eingriffen in das Personensorgerecht die Rede war, finden sich in den folgenden Erkenntnissen keine expliziten Angaben über die Dauer. Den Ausführungen zum Sachverhalt läßt sich jedoch entnehmen, daß es sich jeweils um eine tagelange Abwesenheit gehandelt haben muß. Hierher gehören die Entscheidungen vom 15.1o.1891 [3]: Die Täterin entfernte sich mit ihrem Sohn aus der Heimatstadt, dem Wohnort des Vaters; vom 27.4.1893 [4]: Ein zwölfjähriges Mädchen wird im Laufe von Meinungsverschiedenheiten über seine religiöse Erziehung - im Ausland verborgen gehalten;

1) RGSt 15/34o = Rspr 9/1o2.
2) RGSt 18/273= Rspr 1o/699.
3) RGSt 22/166.
4) RGSt 24/133.

vom 19.12.1911[1]: Ein zehnjähriger Junge wurde von den Pflegeeltern verborgen, um eine Rückkehr zum Vormund zu verhindern; und vom 22.5.1914[2]: Hier wurde ein eineinhalbjähriger Junge „fortgeschafft".

Der Bundesgerichtshof hat ebenfalls ein „Entziehen" angenommen in Fällen, in denen die Entfernung einer Achtzehnjährigen[3] aus der elterlichen Gewalt einmal[4] eine Woche und zum anderen[5] drei bzw vierzehn Tage dauerte.

Schließlich hat das OLG Hamm erkannt, derjenige „entziehe" seine beiden fünf und vier Jahre alten Kinder seiner - während des Scheidungsverfahrens erziehungsberechtigten - Ehefrau, der sie für fünfzehn Tage aus der mütterlichen Gewalt entferne.[6]

bb. So wenig Kritik die Interpretation der „gewissen Dauer" im Sinne von e i n i g e n T a g e n herausforderte,[7] so heftig war der Widerspruch gegen Entscheidungen, die bereits eine nur s t u n d e n w e i s e Trennung des Minderjährigen von dem Sorgeberechtigten für § 235 ausreichen ließen.

Eingeleitet wurde die dahingehende Rechtsprechung durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 15.8.1935[8], nach

---

1) RGSt 45/3o9,31o.
2) RGSt 48/325 = Das Recht 1914 Nr 216o. Vgl auch RG GA Bd 53/287 = Das Recht 19o6 Nr 2o36; RG JW 1916/1198 = Das Recht 1916 Nr 1653.
3) Die Entscheidungen ergingen vor Senkung der Altersgrenze.
4) BGHSt 1/199.
5) BGH NJW 1963/1412.
6) NJW 197o/578.
7) Vgl die Übersicht von Martin nach LM Nr 4 zu § 235.
8) HRR 1936 Nr 77 = JW 1935/31o8.

der schon eine acht bis elf Stunden dauernde Entfernung schulpflichtiger Mädchen von ihren Eltern als „Entziehen" gewertet wird. Die Begründung, mit der das RG seine Entscheidung untermauert, wird nur verständlich, wenn man sich den zu beurteil-enden Sachverhalt genauer vor Augen hält:

> Ein zwanzigjähriger Schwachsinniger, der sich schon mit fünfzehn Jahren an einem vierzehnjährigen Mädchen vergangen hatte, verleitete im Zustand verspäteter Pubertät während eines Zeitraumes von einem halben Jahr acht Mädchen im Alter von acht bis elf Jahren, mit ihm für etwa acht bis elf Stunden in die Umgebung ihrer Heimatstadt zu gehen. Meist kehrten die Mädchen erst spät abends (einmal um 22.3o Uhr) heim, so daß einige Eltern schon Vermißtenanzeige erstattet hatten. Mit zweien der Mädchen nahm der Zwanzigjährige unzüchtige Handlungen vor, vor zwei weiteren führte er unsittliche Reden. In den übrigen Fällen ist nichts dergleichen vorgekommen.
> Weiter wird festgestellt, der Täter habe zwar immer aus sexuellen Motiven gehandelt, habe aber in keinem Fall von vornherein unsittliche Handlungen oder Äußerungen beabsichtigt. Zu solchen habe er sich in den vier Fällen nur nachträglich infolge einer plötzlichen geschlechtlichen Erregung hinreißen lassen.

Das RG sah in der verhältnismäßig kurzen Dauer der Entfernung ein „Entziehen", weil die Gesellschaft des Schwachsinnigen für alle Kinder eine erhebliche Gefährdung, für einige von ihnen eine „starke Verletzung ihrer sittlichen Unversehrtheit" mit sich gebracht habe. Dies von ihnen abzuwenden - „eine lebenswichtige Betätigung" - habe er den Eltern unmöglich gemacht.

Das RG geht damit zum ersten Male von dem Merkmal der „gewissen Dauer" im Sinne einer physikalischen Zeitangabe ab.

Bekräftigt wurde diese Rechtsprechung des RG durch ein weiteres Urteil aus dem Jahre 1940.[1] Dort wurde bei einer Entfernung von nur wenigen Stunden ein „Entziehen" dann angenommen, wenn sie mit einer besonderen Gefährdung des Kindes in dieser oder jener Hinsicht (z.B. durch Vornahme unzüchtiger Handlungen) verbunden gewesen sei und dadurch trotz der kürzeren Dauer eine erhebliche Beeinträchtigung gerade der wichtigsten Betätigung des Elternrechts bedeutet habe.[2] Ob diese Voraussetzungen im Einzelfall gegeben seien, sei eine Frage, deren Entscheidung dem Tatrichter vorbehalten bleiben müsse.

Der BGH setzt die vom RG eingeschlagene Richtung fort. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1957 hatte er zur Frage Stellung zu nehmen, ob die Verhinderung des Besuchsrechts ein „Entziehen" im Sinne des § 235 darstelle.[3]

> In dem Ehescheidungsverfahren der Eheleute M. war das Sorgerecht für die Person ihres vierjährigen Sohnes W. der Mutter übertragen worden. Durch Beschluß vom 14.3.1955 ordnete das AG F. an, daß Frau M. das Kind in der Zeit vom 19.3.55 - 9 Uhr - bis zum 22.3.1955 - 18 Uhr - ihrem Ehemann zu überlassen habe, der es bei der Mutter in B.abholen und dorthin zurückbringen sollte. Frau M.gab W. nicht heraus.

---

1) DR 1940/2060.Abl.Dreher § 235 Anm 3; Kohlrausch-Lange § 235 Anm IV; Maurach BT § 16 II 2 und Nachtrag S.9; Schaefer LK,8.Aufl, § 235 Anm II a; Schönke (1.Aufl) § 235 Anm II 1; Schönke-Schröder besonders deutlich in der 12.Aufl, § 235 Rdnr 4 (Die 16.Auflage erwähnt indes diese Entscheidung nicht mehr); wohl auch Welzel,LB § 43 IV 1, der jedoch die fragliche Entscheidung nicht als abweichend zitiert.

2) Der konkrete Sachverhalt ist in dem in der Zeitschrift „Deutsches Recht" abgedruckten Urteilsauszug nicht enthalten.

3) BGHSt 10/376=NJW 1957/1642=MDR 1957/756=JZ 1958/63 (L)= EJF D I (Nr.2) mit Anm Kohlhaas=LM Nr. 3 zu § 235 (L) mit Anm Martin.

> Das AG D.ordnete daraufhin am 21.3.55 die zwangsweise Durchführung des Beschlusses vom 14.3.1955 an. Von einer Vollstreckung sah M.ab, nachdem seine Ehefrau sich am Abend des 21.3. bereit erklärt hatte, ihm W. am 22.3. von 9 bis 18 Uhr zu überlassen.
> Am nächsten Morgen fuhr sie jedoch mit dem Jungen nach V., um ihn ihrem Ehemann bis zum Abend vorzuenthalten.

Der BGH sah hier die Tathandlung des § 235 als gegeben an, und zwar aus folgenden Erwägungen heraus: Der Muntbruch schütze das Erziehungsrecht. Aus diesem Recht folge auch die Befugnis zum persönlichen Verkehr mit dem Kind.[1] Sie räume das Vormundschaftsgericht in aller Regel jedoch nur für einen kurzen Zeitraum ein, der sich meist nur nach Tagen oder sogar nur nach Stunden bemesse. Wer die Ausübung dieser Befugnis während der zugemessenen Zeit verhindere, mache es aber dem nicht sorgeberechtigten Elternteil unmöglich, sein Erziehungsrecht wahrzunehmen.[2]

Wann ein „Entziehen" vorliegt, beurteilt der BGH demnach ebenso wie bereits das RG nicht allein nach der Zeit, während welcher das Kind aus dem Bereich des Berechtigten entfernt wird.[3] Vielmehr zieht er alle Umstände des Einzelfalles und den Zweck des § 235 heran.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Entscheidung des OLG Hamm aus dem Jahre 1966.[4] Es ging um folgenden Fall:

> Der Angeklagte sprach die achtjährige D.gegen 13.3o Uhr auf der Straße an, lud sie zu einer Autofahrt ein und fuhr mit ihr „eine kurze Zeit" umher. Danach schenkte er ihr eine Mark mit der Aufforderung, den Eltern nichts zu sagen,weil er sonst Ärger bekomme.

---

1) Zur Kritik an dieser Argumentation vgl oben S. 28.
2) Ebenso schon RGSt 66/254,255.
3) Kritisch Lackner-Maassen § 235 Anm 5; Mezger-Blei II S.65; Schönke-Schröder (14. und -besonders deutlich - 12.Aufl) § 235 Rdnr 4. Vgl auch die Bedenken in der Begründung zu § C 2 AE, Sexualdelikte, S.65.
4) OLGSt Bd 1 § 235 S.1=JMBlNRW 1966/236.Abl.Dreher § 235 Anm.3.

> Am folgenden Tag traf er das Mädchen gegen 16.oo Uhr. Auch dieses Mal war es zu einer Fahrt bereit, die sich dann bis in die Dämmerung hinein hinzog.

Das OLG hat die Frage, ob in der Einladung zu den beiden Fahrten jeweils ein „Entziehen" zu sehen sei, mit einer allzu knappen Begründung bejaht:
Das „Entziehen" setze einen Zustand von gewisser Dauer voraus. Welche Zeit dafür anzusetzen sei, richte sich nach den Umständen des Einzelfalles. Von Bedeutung sei insbesondere das Alter des Kindes und damit der Grad seiner Fürsorgebedürftigkeit. Die D. sei zwar mit ihren acht Jahren kein Kleinkind mehr, immerhin aber noch in erheblichem Maße fürsorge- und aufsichtsbedürftig. Der Angeklagte habe das Mädchen zweimal in seinem Wagen mitgenommen, darunter einmal für mindestens zwei Stunden und bis in die Dämmerung hinein, so daß die Mutter in Sorge geraten sei und das Kind vergeblich gesucht habe. Deshalb, so meint der Senat, habe der Angeklagte das Mädchen „entzogen".

In der Literatur sind diese Urteile auf Widerspruch gestoßen, ohne daß allerdings die Ablehnung eingehend begründet wird. So bezeichnet beispielsweise Maurach[1] die Entscheidung RG DR 194o/2o6o als „zu weitgehend". Ähnlich äußert sich Schröder.[2] Auch er verzichtet auf eine nähere Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung.
Die Kritiker von BGHSt 1o/376 begründen ihre Haltung ebenfalls nur mit dem Hinweis auf den Zeitfaktor. Es sei „zweifelhaft" [3], die Vereitelung eines nur „vorübergehenden

---

1) BT § 16 II 2; Nachtrag S.9.
2) Schönke-Schröder, 12.Aufl, § 235 Rdnr 4.
3) So Lackner-Maassen § 235 Anm 5.

Besuches" [1] des Kindes durch den verkehrsberechtigten Elternteil in den Schutzbereich des § 235 einzubeziehen. Die Mehrzahl der Autoren [2] indes stimmt der vom BGH vorgenommenen Kontretisierung der „gewissen Dauer" zu. Indem auch sie nach den besonderen Umständen des jeweiligen Falles entscheiden, [3] gehen sie ebenfalls von der alleinigen Maßgeblichkeit der zeitlichen Dauer der Entfernung der Minderjährigen aus der elterlichen Gewalt ab.
Aufschlußreich sind in diesem Zusammenhang die Entwicklungen in zwei führenden Kommentaren. Während Lackner-Maassen [4] zunächst dem BGH zustimmten, melden sie neuerdings Zweifel an der Richtigkeit dieser Entscheidung an.[5] Den umgekehrten Weg ging Schröder. Bis zur 14.Auflage [6] lehnte er das Ergebnis von BGHSt 1o/376 als „zu weitgehend" ab. Im Kommentar zum Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts [7] änderte er seine Ansicht und stimmte nunmehr dem BGH zu. Diese Meinung übernahm er in die 15.Auflage des Kommentars zum Strafgesetzbuch. [8]

---

1) So Mezger-Blei 1I.S.65.
2) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 235 Anm 3; Dreher § 235 Anm 3; Kohlhaas EJF D 1 (Nr 2); UJ 1958/32o,324; Lackner-Maassen (4.Aufl) § 235 Anm 4; Martin Anm zu BGHSt 1o/376 nach LM Nr, 3 zu § 235; Pfeiffer-Maul-Schulte § 235 Rdnr 1; Schönke-Schröder § 235 Rdnr 6.
3) Vgl z.B.Kohlrausch-Lange § 235 Anm IV.
4) (4.Aufl) § 235 Anm 4.
5) (7.Aufl) § 235 Anm 5.
6) Schönke-Schröder § 235 Rdnr 4.
7) § 235 Rdnr 6.
8) Schönke-Schröder § 235 Rdnr 6.Ebenso entscheidet Schröder in der 16.Auflage.

Auffallend ist ferner, daß an die Dauer der Entfernung unterschiedliche Anforderungen gestellt werden, je nachdem es sich um eine Beeinträchtigung des Obhutsrechts allgemein oder des Besuchsrechts im besonderen handelt. Dreher [1] und Kohlrausch-Lange [2] z.B. wollen entgegen RG DR 1940/2060 die Beseitigung des Obhutsrechts auf wenige oder einige Stunden nicht als „Entziehen" werten. Maßgebenden Einfluß auf die Entscheidung hat nach ihrer Ansicht demnach allein der Zeitfaktor. Bei Beantwortung der Frage, wann das Besuchsrecht beeinträchtigt wird, berücksichtigen sie jedoch offensichtlich die Umstände des Einzelfalles.[3]

cc. Die bisher erörterten Urteile befaßten sich mit kurzen Eingriffen in das Sorgerecht, die aber wenigstens Stunden ausmachten. In einem Urteil aus dem Jahre 1961 ging der BGH indes noch einen Schritt über seine bisherige Rechtsprechung hinaus und erklärte bereits einen Zeitraum von z e h n M i n u t e n für ausreichend. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:[4]

> Der - betrunkene - Angeklagte forderte ein vierjähriges Mädchen, das mit Gefährten auf einem Sandhaufen spielte, zum Mitkommen auf. Beide gelangten nach etwa 350 m in ein Getreidefeld. Dort legten sie sich nieder - ungefähr 10 bis 20 m vom Feldweg entfernt. Das Getreide stand 60 cm hoch. Deshalb konnten sie von diesem Weg aus nicht gesehen werden. Nach zehn Minuten wurden sie vom Vater des Mädchens und von anderen Personen, die den Vorfall beobachtet hatten, gefunden.

Der BGH nimmt in den Gründen Bezug auf die in RG JW 1935/

---

1) § 235 Anm. 3.
2) § 235 Anm IV.
3) So ausdrücklich Kohlrausch-Lange aaO.
4) BGHSt 16/58= LM Nr 4 zu § 235=NJW 1961/1412=MDR 1961/864.

31o8[1] und BGHSt 1o/376[2] entwickelten Kriterien und stellt dementsprechend darauf ab, ob die zehnminütige Entfernung des Kindes aus der elterlichen Obhut dazu geführt hat, daß das Recht der Eltern, von den Kindern Gefahren und Verletzungen abzuwenden, wesentlich beeinträchtigt worden ist. Welche Zeitdauer hierfür notwendig sei, sei im wesentlichen Tatfrage und unter Berücksichtigung aller Umstände und des Zweckes der Strafvorschrift zu entscheiden. Von Bedeutung ist für den BGH die Schutz- und Fürsorgebedürftigkeit des Kindes (etwa auf Grund des noch geringen Alters oder wegen einer Krankheit). Daraus folgert er, bei einem Kleinkind könne schon eine vorübergehende Aufhebung oder wesentliche Beeinträchtigung des Erziehungsrechts ein „Entziehen" sein.[3]

Während Pfeiffer-Maul-Schulte[4], bis zur 4. Auflage Lackner-Maassen[5] sowie Mezger-Blei[6] sich dem Ergebnis des BGH anschließen, wobei die letzteren zur Begründung ausdrücklich auf den Gesichtspunkt der k o n k r e t e n Gefährdung des Kleinkindes verweisen, lehnen Dreher[7], neuerdings Lackner-Maassen[8], Maurach[9], im Ergebnis Schönke-Schröder[1o] sowie Welzel[11] die Entscheidung ab.

Neben allgemein gehaltenen Begründungen, daß etwa die Konkretisierung des Merkmals der „gewissen Dauer" auf nur zehn Minuten „zu weitgehend" und es zudem zweifelhaft sei, die erforderliche Dauer der Trennung von dem Grade der

---

1) Oben S. 42f.
2) Oben S. 44f.
3) Vgl den Leitsatz 1 von BGHSt 16/58.
4) § 235 Rdnr 2.
5) § 235 Anm 4.
6) II S.64f.
7) § 235 Anm 3.
8) Seit der 5. Auflage: § 235 Anm 5.
9) BT § 16 II 2; Nachtrag S.9.
1o) § 235 Rdnr 4.
11) LB § 43 IV 1.

Fürsorgebedürftigkeit des Kindes abhängig zu machen, fällt die Stellungnahme von Martin [1] aus. Martin sieht in der von BGHSt 16/58 getroffenen Entscheidung ein Abweichen von den Grundsätzen, die das RG in seinen Urteilen JW 1935/3108 [2] und DR 1940/2060 [3] aufgestellt habe. Der BGH, so meint er, verlange nicht mehr eine konkrete Gefährdung des Kindes, sondern lasse schon seine abstrakte Gefährdung ausreichen. Das Gericht bewerte daher schon j e d e „ganz vorübergehende" Unterbrechung der Verbindung zwischen dem Kleinkind und seinen Erziehungsberechtigten als „Entziehen".
Martin fragt deshalb - unter Hinweis auf die Zeitdauer von nur zehn Minuten und angesichts des Umstandes, daß der Täter beobachtet und innerhalb kürzester Frist gestellt worden sei - ob tatsächlich schon ein wesentlicher Eingriff in das Personensorgerecht vorliege oder ob es nicht näher liege, hier lediglich den (straflosen) Versuch eines Vergehens nach § 235 anzunehmen, den Willen des Täters vorausgesetzt, das Kind den Erziehungsberechtigten längere Zeit als nur Minuten vorzuenthalten.

Während Schröder den Ausgangspunkt des BGH billigt und neuerdings ebenfalls meint, [4] daß sich auf das Zeitmoment der Grad der Fürsorgebedürftigkeit des Kindes auswirken könne, [5] stimmt er dem Ergebnis nicht zu: Auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes dürfte die Entfernung für eine Dauer von zehn Minuten indes kaum ausreichen.

dd. Damit ergibt dieser Ü b e r b l i c k , daß an das

---

1) LM § 235 Nr 4.
2) Oben S. 42f.
3) Oben S. 44.
4) Seit dem Kommentar zum 1.StrRG § 235 Rdnr 6.
5) So auch Petters-Preisendanz, § 235 Anm 4, die im übrigen die fragliche Entscheidung nur referieren.

Merkmal der "gewissen Zeitdauer" immer geringere Anforderungen gestellt wurden. Bahnbrechend wirkte die Rechtsprechung, die sich - unter allerdings nicht einhelliger Zustimmung der Literatur - frei machte von jedem (zeitlichen) Schematismus. An seine Stelle rückte sie die besonderen Umstände des Einzelfalles und den Zweck des § 235, Gesichtspunkte, die ihr eine flexible Handhabung des Kriteriums der Zeit ermöglichten. Sie scheute sich dementsprechend nicht, gegebenenfalls ein "Entziehen" auch schon in der Entfernung eines (vor allem jüngeren) Kindes von nur wenigen Minuten zu sehen.

c. Ob indes der von der h.M. gewählte Ansatzpunkt, den Bereich des Muntbruchs vornehmlich an Hand des Zeitmoments näher einzugrenzen, zu übernehmen ist, kann nur unter Berücksichtigung des zuvor[1] herausgestellten Schutzobjektes der Vorschrift entschieden werden.
Wie bereits dargetan, bezweckt § 235 ganz wesentlich den Schutz der tatsächlichen und potentiellen Ausübung des Personensorgerechts. Diese Aussage mag auf den ersten Blick dafür sprechen, die familienrechtlichen Befugnisse umfassend zu schützen und demgemäß jegliche Beeinträchtigung des elterlichen "Gewaltverhältnisses" unter Strafe zu stellen. Eine solche Schlußfolgerung würde aber der Eigenart der elterlichen Gewalt nicht gerecht. Sie würde voraussetzen, daß das Sorgerecht als eigennütziges Herrschaftsrecht ausgestaltet wäre. Dann wäre in der Tat nicht einzusehen, warum nicht jeder Eingriff in dessen zumindest potentielle Ausübung von § 235 erfaßt werden sollte.[2] Diese Auffassung entspricht indes weder dem Willen des Gesetzgebers noch dem Sinn des Gesetzes. Wie im einzelnen schon früher dargelegt,[3] gibt das Sorgerecht den Erziehungsberechtigten die Befugnis, maßgeblichen Einfluß auf die Entwicklung des Kin-

---

1) Oben S.7ff.
2) Vgl S.21.
3) Oben S.11ff; 23.

des zur Selbständigkeit und Selbstverantwortung auszuüben. Die entsprechenden Einwirkungsmöglichkeiten sind damit ihrer Natur nach auf Dauer angelegt. Daraus folgt aber, daß als wesentliche Beeinträchtigung des Sorgerechts nicht schon jeglicher Eingriff in dessen tatsächliche oder potentielle Ausübung angesehen werden kann. Denn bloß vorübergehende Störungen der elterlichen Gewalt "erreichen"[1] die elterlichen Einflußmöglichkeiten nicht. Sie tun den Einwirkungsmöglichkeiten der "Gewalthaber" keinen wesentlichen Abbruch. Deshalb besteht kein Anlaß, diese Fälle in den strafbaren Bereich einzubeziehen. Vielmehr ist die Strafbedürftigkeit der Tat erst gegeben, wenn die Eltern dem Minderjährigen insgesamt gesehen ihren Schutz nicht mehr angedeihen lassen, wenn sie - aufs Ganze gesehen - ihre schützende Hand nicht mehr über die "Schutzbefohlenen" halten können. Das ist - m.a.W. - der Fall, wenn das elterliche Obhutsverhältnis derart gelöst ist, daß die Sorgeberechtigten ihrer Aufgabe, für Gedeihen und Wohlergehen des Minderjährigen zu sorgen und ihn vor Nachteilen für seine Entwicklung zu bewahren, wirksam nicht mehr nachkommen können. Dann nämlich erscheinen die im Hinblick auf das Kindeswohl gesteckten Erziehungsziele und die der Erreichung dieser Ziele dienenden Mittel der Aufenthaltsbestimmung und der Beaufsichtigung (vgl § 1631 BGB) nicht mehr respektiert. Diese Voraussetzungen liegen indes erst vor, wenn die elterlichen Befugnisse infolge einer länger dauernden Einwirkung nachhaltig gestört werden. Welche Zeit verstreichen muß, damit die hiernach erforderliche Dauer der Entfernung der Minderjährigen aus dem elterlichen Schutzbereich erreicht wird, läßt sich freilich generell nicht sagen. Das ist ganz überwiegend Tatfrage und unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Falles

---

1) So die Formulierung von RG JW 1935/3108 = HRR 1936 Nr 77. Ähnlich Olshausen § 235 Anm 2 c.

zu entscheiden. [1] Von Bedeutung für die Entscheidung, ob die Ausschaltung des Sorgerechts wesentlich ist oder nicht, ist dabei zunächst das Alter des Minderjährigen.[2] Daß diesem Umstand erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken ist, dürfte nach dem soeben Ausgeführten ohne weiteres einleuchten. Ob ein Kleinkind oder ein fünfzehnjähriger Minderjähriger aus dem Bereich elterlicher Fürsorgemöglichkeiten entfernt wird, muß in aller Regel unterschiedlich bewertet werden. Je kleiner nämlich das Kind ist, um so mehr ist es auf die schützende Hand der Eltern angewiesen. Entsprechend größer sind deren - Verpflichtungen und - Befugnisse, Gefahren und Fehlentwicklungen vom Schutzbefohlenen abzuwenden. Um so eher muß dann aber der strafrechtliche Schutz einsetzen, den § 235 den elterlichen Betreuungsmöglichkeiten gewährt. Folglich kann die relativ kurze Entfernung eines Neugeborenen [3] oder Säuglings [4] aus dem Obhutsverhältnis eher eine „wesentliche" Beeinträchtigung des Sorgerechts darstellen als die Mitnahme eines Siebzehnjährigen, der gerade noch in den „Schutzbereich" [5] des Muntbruchs fällt. Neben dem Alter des Minderjährigen sind für die Frage, wann

---

1) So auch RG JW 1935/3108= HRR 1936 Nr 77; RG JW 1938/1388; RG DR 1942/438= HRR 1942 Nr 611; BGHSt 10/376,378; 16/58,61; OLG Hamm OLGSt Bd 1 § 235 S. 1= JMBl NRW 1966/236.
Aus der Literatur seien genannt Dreher Anm 3; Heimann-Trosien LK Rdnr 3; Olshausen Anm 2; Schönke-Schröder Rdnr 6; jeweils zu § 235.

2) Vgl BGHSt 16/58; Mezger-Blei II S.64/65; Schönke-Schröder aaO.

3) Vgl pr OT GA Bd 8/279.

4) S.RG HRR 1942 Nr 131.

5) Vgl zu dieser ungenauen Terminologie wiederum Schwarz S.145 Fn 1.

eine nachhaltige Störung des elterlichen Schutzverhältnisses vorliegt, ferner bedeutsam die Eigenart des Jugendlichen und sein Charakter, [1] die Erfahrungen, die das - in der Stadt oder auf dem Lande geborene und aufgewachsene - Kind gemacht hat, seine Gewandtheit im Umgang mit anderen sowie seine durch Krankheit und Gebrechlichkeit bedingte erhöhte Fürsorgebedürftigkeit. [2] Ist bei Abwägung der genannten Umstände die Dauer der Lösung des Obhutsverhältnisses insgesamt gesehen nur als vorübergehend zu bewerten, so handelt es sich lediglich um eine unwesentliche Beeinträchtigung oder Randstörung des Sorgerechts, die , wie gesagt, nicht in den strafbaren Bereich fällt.

d. Bestätigen die vorstehenden Erörterungen auch die Richtigkeit des Ansatzes, die Wesentlichkeit eines Eingriffs in das Sorgerecht vornehmlich von seiner Dauer abhängig zu machen, so geben doch auch sie nur konkretisierungsbedürftige Entscheidungsrichtlinien. Sie sollen daher im folgenden näher erläutert werden.

aa. Beispielsweise sprechen die soeben gewonnenen Kriterien dafür, in den oben S. 37 angeführten Fällen jeweils ein „Entziehen" zu verneinen. Der Einbruch in das Sorgerecht, der in der Einladung zu einem Spaziergang sowie in dem Verhalten der Großmutter, die ihr Enkelkind für einen halben Nachmittag zu sich holt, liegt, muß als unwesentlich bezeichnet werden. Die Eltern behalten nämlich auf Grund der nur vorübergehenden Unterbrechungen der Beziehungen zu ihren Kindern insgesamt gesehen die Möglichkeit, diesen ihren Schutz angedeihen zu lassen. Aus denselben Gründen bleibt etwa auch ein nicht sorgeberechtigter Vater straflos, der seinen achtjährigen Sohn unberechtigterweise zu einem zweistündigen Besuch bei der Großmutter mitnimmt [3]

---

1) So auch Knitschky S.297.
2) Vgl dazu Petters-Preisendanz § 235 Anm 4; Schönke-Schröder § 235 Rdnr 6.
3) Vgl auch Kohlhaas in seiner Anmerkung zu BGHSt 10/376 in EJF D I (Nr 2).

oder der das Kind, das er gemäß § 1634 BGB zu Besuch empfangen hat,nicht schon zur festgesetzten Stunde zurückbringt, sondern erst einige Zeit später. Ein "Entziehen" wäre im letzteren Fall - entgegen der von Fritz ohne nähere Begründung vertretenen Auffassung[1] - selbst dann zu verneinen, wenn der Vater die "Rückgabe" des Kindes um vier Stunden hinauszögerte. Denn diese Zeit ist zu kurz, als daß den mütterlichen Vorstellungen über die Formung des Kindes von seiten des Vaters wirksame "Gegengewichte" entgegengesetzt werden konnten. Die Erreichung der Ziele, die die sorgeberechtigte Mutter bei der Erziehung des Kindes verfolgt, wurde deshalb kaum ernsthaft in Frage gestellt: Trotz der Unterbrechung des Kontakts zu ihrem Kind war die Mutter - insgesamt gesehen - in der Lage, nach i h r e n Vorstellungen für Wohl und Gedeihen des Kindes zu sorgen und i h r e n erziehenden, psychisch prägenden Einfluß geltend zu machen. Ihre Betreuungsmöglichkeiten wurden mithin durch den Eingriff in das Sorgerecht noch nicht gravierend verletzt.[2] Das gilt auch dann, wenn der "Täter" das Kind aus dem Elternhaus zum Besuch einer Kino- oder Theatervorstellung fortlockt. Die hierin liegende Beeinträchtigung des Sorgerechts dauert aufs Ganze gesehen nicht lange genug, um als wesentlich angesprochen zu werden. Die Eltern behalten insgesamt betrachtet ihre Einflußmöglichkeiten.[3] Dieses Ergebnis erscheint auch in dem vom BGH entschiedenen "Getreidefall"[4] sachgerecht. Da der Täter hier schon nach zehn Minuten vom Vater des vierjährigen Mädchens "gestellt" wurde, waren die elterlichen Schutzmöglichkeiten - selbst wenn man das geringe Alter des "Opfers"

---

1) Nds VIII S.374.
2) S. auch Kohlhaas UJ 1958/320,323.
3) So auch Schönke-Schröder § 235 Rdnr 6.
4) BGHSt 16/58.

und seine daraus resultierende erhöhte Fürsorgebedürftigkeit in Rechnung stellt - keinesfalls nachhaltig beeinträchtigt. [1] Als unwesentliche Beeinträchtigung des Sorgerechts kann schließlich auch die Einladung zu einer zweistündigen Fahrt angesehen werden, zu der ein achtjähriges Mädchen überredet wird. Hier sind die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten auf Grund der nur kurzfristigen Lösung des Obhutsverhältnisses ebenfalls in nicht schwerwiegender Weise gestört.[2]

Ist in den Beispielsfällen der Eingriff in das Sorgerecht wegen seines nur vorübergehenden Störeffektes als unwesentlich zu bezeichnen, so fragt sich, ob sich an diesem Ergebnis etwas dadurch ändert, daß die kurze Ausschaltung der elterlichen Gewalt für den Minderjährigen eine abstrakte oder gar konkrete Gefahr heraufbeschwört. Diese Auffassung wurde u.a.von RG DR 1940/2060 [3] vertreten. Sofern danach die Entfernung des Minderjährigen von nur wenigen Stunden mit einer besonderen Gefährdung in dieser oder jener Hinsicht (z.B. durch Vornahme unzüchtiger Handlungen) verbunden ist, müßte trotz der kürzeren Dauer des Eingriffs ein „Entziehen" angenommen werden. Demnach würde es einen Unterschied bedeuten, ob ein Zehnjähriger etwa zu einem harmlosen Spaziergang „entführt" wird oder aber zu einem gleich lange dauernden Einbruch, bei dem er Schmiere stehen soll.[4] Von dieser Betrachtungsweise ließ sich anscheinend auch der BGH im schon wiederholt erwähnten „Getreidefall" [5] leiten. Die

---

1) So auch Dreher § 235 Anm 3;Kohlrausch-Lange § 235 Anm IV;Lackner-Maassen § 235 Anm 5; Schönke-Schröder aaO; Welzel LB § 43 IV 1.
2) Ebenso Dreher § 235 Anm 3; and.OLG Hamm JMBl NRW 1966/236= OLGSt Bd 1 § 235 S.1.
3) Vgl oben S.44; s.schon vorher RG JW 1935/3108=HRR 1936 Nr 77.
4) Für eine derartige Differenzierung etwa Knitschky S.297. S.weiter Mezger-Blei II S.64 f.
5) BGHSt 16/58.

genaue Beschreibung der Umstände der Tat deutet darauf, daß das Gericht - ohne allerdings diesen Gesichtspunkt ausdrücklich zu nennen - die Gesellschaft des betrunkenen Angeklagten als Quelle besonderer Gefahr für das vierjährige Mädchen wertete[1] und deshalb auch in dem nur zehnminütigen Eingriff in das Sorgerecht ein „Entziehen" sah.

Die soeben angeführten Entscheidungen von RG und BGH sind indes zu Recht auf Widerspruch gestoßen.[2] Wäre die erforderliche Dauer der Lösung des elterlichen Obhutsverhältnisses davon abhängig, ob dem Minderjährigen daraus Nachteile entstehen konnten oder nicht, so stempelte man im Endeffekt das Wohl des Kindes zum (mit) entscheidenden Rechtsgut. Damit würde aber, wie bereits dargelegt,[3] der Zweck des § 235 verfehlt. Diese Vorschrift schützt nämlich das - wenn auch pflichtgebundene - Recht der E l t e r n . Solange diese ihre Einflußmöglichkeiten im wesentlichen behalten, kann es folglich nicht darauf ankommen, ob ihre Schützlinge durch den vorübergehenden Eingriff in das Sorgerecht in akute Gefahr geraten. Selbst dann müßte ein „Entziehen" verneint werden. Andernfalls schüfe man, worauf Tröndle zutreffend aufmerksam macht,[4] die Gefahr, über § 235 sonst noch straflose Vorbereitungshandlungen - etwa zu Sittlichkeitsdelikten - in den strafbaren Bereich einzubeziehen.

Nach dem gerade Gesagten kann die Lösung des folgenden Falles kaum zweifelhaft sein: N nimmt Nachbarssohn S, der nach Schulschluß auf seinen Bus wartet, in seinem Auto mit nach Hause. Da N äußerst riskant fährt und mehrfach schon einen Unfall verursacht hat, war S verboten worden, mit N zu fahren.

---

1) In diesem Sinne interpretieren auch Mezger-Blei II, S. 64f, die Ausführungen des BGH, wenn sie von „akuter Gefahr" sprechen.
2) Nachweise oben S.46; 49f.
3) S. oben S.7 ff.
4) GA 1966/1, 14f.

Hier darf der Umstand, daß S durch die Teilnehme an der Fahrt einer erheblich größeren Gefahr ausgesetzt ist als bei der geplanten Busfahrt, nicht den Ausschlag geben. Für die Frage, ob die Ausübbarkeit des Sorgerechts wesentlich beeinträchtigt ist, spielt es nämlich keine Rolle, ob S von einem guten oder schlechten, nüchternen oder betrunkenen Fahrer mitgenommen wird. Entscheidend ist allein, daß die nur kurz dauernde Heimfahrt die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten aufs Ganze gesehen nicht erheblich stört.

Wie die vorangehenden Darlegungen ergeben, sind die Voraussetzungen des Merkmals „Entziehen" unabhängig davon festzustellen, ob der Minderjährige durch die Ausschaltung der elterlichen Gewalt in eine konkrete oder auch nur abstrakte Gefahr gerät. Vielmehr ist einzig auf die wesentliche Beeinträchtigung der elterlichen Befugnisse abzustellen.Nicht untersucht worden ist bislang, ob der Prüfung dieser Frage jeder einzelne Eingriff in das Sorgerecht für sich genommen zugrunde zu legen ist oder ob sich eine wesentliche Beeinträchtigung auch daraus ergeben kann, daß der Täter fortgesetzt geringfügige Störungen des Obhutsverhältnisses von insgesamt längererDauer vornimmt. Man denke etwa daran, daß im vorhin erwähnten Fall der „Einladung zu einem Spaziergang" der Täter seine Mißgriffe trotz unmißverständlicher elterlicher Ablehnung systematisch wiederholt. Hier will Kohlhaas [1]- allerdings ohne nähere Begründung - ein „Entziehen" bejahen.Diese Sicht der Dinge ist sachgerecht, wenn die systematischen Wiederholungen im Endeffekt einer anfänglichen wesentlichen Beeinträchtigung der elterlichen Gewalt gleichzustellen sind, wenn sich also auch[2] im

---

1)UJ 1958/32o, 323.
2) Vgl zu sonstigen Fällen Schröder JZ 1972/651ff.

Rahmen des Muntbruchs straflose Handlungen zu einer Straftat addieren könnten.
Das ist jedoch nicht der Fall. Zwar ist Kohlhaas zuzugeben, daß der „Wiederholungstäter" die elterlichen Rechte in stärkerem Maße mißachtet, als sie es durch einen einmaligen Spaziergang werden. Dennoch macht es für die Frage, ob ein „Entziehen" vorliegt, einen entscheidenden Unterschied, ob die Ausübbarkeit des Sorgerechts durch eine einmalige Handlung wesentlich oder mehrmals unwesentlich beeinträchtigt wird. Das wird sofort deutlich an dem Fall, daß einige Nachbarn - unabhängig voneinander- das Kind an verschiedenen Tagen zu einem Spaziergang mitnehmen. In diesem Fall einer „Nebentäterschaft" gibt es keine Handhabe, das Verhalten des einen den anderen „Tätern" mit dem Ergebnis zuzurechnen, daß insgesamt gesehen die Beeinträchtigungen als „Entziehen" gewertet werden könnten. Denn § 235 mißt entscheidende Bedeutung dem Gewicht der e i n z e l n e n Handlung bei. Das ergibt sich daraus, daß die Vorschrift ihrem Zweck entsprechend nur einen gesteigerten Eingriff in das Sorgerecht erfaßt. Dieser muß die elterlichen Schutzmöglichkeiten w e s e n t l i c h beeinträchtigen, er muß daher für sich genommen den vollen Unwert besitzen. Erreicht nun ein Eingriff in das Sorgerecht die strafbare Schwelle nicht und sind die elterlichen Einwirkungsmöglichkeiten nach jeweiliger „Rückgabe" des Kindes voll wieder hergestellt, so ist die vorübergehende Störung des Obhutsverhältnisses abgeschlossen. Sie gehört der Vergangenheit an und hat für die Zukunft keine Wirkung mehr; denn die Betreuungsmöglichkeiten der Sorgeberechtigten können sich wieder in vollem Umfang entfalten. Daraus folgt zwingend die Notwendigkeit einer „punktuellen" Betrachtungsweise mit der Konsequenz, daß es insgesamt bei mehreren unwesentlichen Eingriffen in das Sorgerecht verbleibt.
Die Wirkung, die das Verhalten des „Einzeltäters" auf die

Ausübung des Sorgerechts zeitigt, unterscheidet sich aber in nichts von dem Störeffekt, den die „Nebentäter" erzielen. In beiden Fällen können die Sorgeberechtigten zwischen den einzelnen Störungen den Minderjährigen wieder den vollen Schutz angedeihen lassen. Sie können damit ihren vorübergehenden Verlust an Einflußmöglichkeiten voll ausgleichen. So wenig wie im Fall der wiederholten Störung durch mehrere „Täter" eine Gesamtbetrachtung möglich ist, so wenig dürfen daher die Eingriffe des „**Fort**setzungstäters" zusammengerechnet werden. Vielmehr müssen sie jeweils für sich bewertet werden: Ein „Entziehen" kann mithin auch bei systematisch wiederholten Einladungen zu Spaziergängen nicht angenommen werden.

bb. Die bisherigen Erörterungen haben verdeutlicht, in welchen Fallgestaltungen eine nur unwesentliche Beeinträchtigung des elterlichen Obhutsverhältnisses anzunehmen ist. Scheidet danach ein „Entziehen" im Sinne des § 235 aus, falls die Entfernung des Minderjährigen aus dem Schutzverhältnis nur einige Minuten oder Stunden gedauert hat, so ist - jedenfalls grundsätzlich - der strafbare Bereich erreicht, wenn die Ausschaltung der elterlichen Einflußmöglichkeiten über jene Zeitspanne hinaus andauert. Dann nämlich kann insgesamt gesehen nicht mehr von einer lediglich unerheblichen Störung der elterlichen Betreuungsmöglichkeiten gesprochen werden. Bei einer derartigen Dauer der Lösung des Obhutsverhältnisses ist nicht mehr gewährleistet, daß die Eltern den Minderjährigen aufs Ganze gesehen ihren Schutz angedeihen lassen können. Hierher zählen beispielsweise jene Fälle gemeinsamen „Gammelns" oder gemeinsamer Reisen, zu denen der Freund die sechzehnjährige Minderjährige ohne Einwilligung der Sorgeberechtigten mitnimmt.[1)] Die elterlichen Einwirkungsmöglichkeiten sind

---

1) Vgl AE, Sexualdelikte, Begründung S.65/67; Sturm Nds VIII S.371.

auch dann erheblich gestört, wenn etwa eine Frau, die selbst keine Kinder hat, einen Säugling aus einem vor einem Geschäft abgestellten Kinderwagen für einige Zeit "raubt".[1] Die Schwelle zum strafbaren Bereich ist deswegen überschritten, weil die Eltern für eine nicht nur vorübergehende Zeit ihre schützende Hand nicht mehr über das Kind halten können. Diese Bewertung ist auch dann angebracht, wenn ein Mädchenhändler eine Sechzehnjährige unter einem Vorwand veranlaßt, mit ihm für einige Monate nach Nordafrika zu reisen,[2] oder wenn ein Zuhälter seine ihm verfallene fünfzehnjährige Freundin für längere Zeit aus dem Elternhaus lockt und ihre Sympathien skrupellos ausnutzt, um sie "zum Anschaffen" zu schikken. Da eine mindestens tagelange Unterbrechung der Beziehungen zwischen Eltern und Minderjährigen die familienrechtlichen Befugnisse in aller Regel[3] gravierend stört, nahm die Rechtsprechung in den von ihr entschiedenen Fällen tage- oder sogar wochenlanger Lösung des elterlichen Obhutsverhältnisses[4] zu Recht ein "Entziehen" an. Zweifel an der Richtigkeit dieses Ergebnisses tauchen indes auf, wenn sich der Eingriff in das Sorgerecht nur über einen Zeitraum von acht bis elf Stunden hinzieht. Ob dem Reichsgericht, das bekanntlich ein "Entziehen" bejahte,[5] zuzustimmen ist, hängt davon ab, ob unter den genannten Umständen die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten als insgesamt wesentlich beeinträchtigt anzunehmen sind. Das ist nach dem früher Dargelegten nur[6] der Fall, wenn die Sorgeberechtigten aufs Ganze gesehen ihre schützende Hand nicht mehr über den Minderjährigen

---

1) Vgl auch RG HRR 1942 Nr 131 und preußisches OT GA BD 8/279.
2) Vgl auch § 48 des Gesetzes über das Auswanderungswesen v. 9.6.1897, RGBl S.463. Vgl dazu BGH NJW 1973/437.
3) Zu einem Ausnahmefall vgl BayObLG GS Bd 97/188 = JW 1928/3054. Hier wurde auf Grund des Alters der Minderjährigen und ihrer schon stark gelockerten Beziehungen zu ihren Eltern bei eintägiger Lösung des Obhutsverhältnisses ein "Entziehen" verneint. Vgl dazu die Anm Mittermaiers, JW 1928/3054.
4) Vgl die Nachweise auf S.41f.
5) Vgl oben S.42f.
6) Oben S.51ff.

halten können. Überprüft man, welchen Störeffekt die angegebene Dauer auf die elterlichen Einflußmöglichkeiten hat, so kann unbesehen weder eine nur unwesentliche noch auch eine wesentliche Beeinträchtigung des Sorgerechts bejaht werden. Gegen eine geringfügige Störung der elterlichen Gewalt spricht, daß sich die Entfernung der Minderjährigen - anders als in den zuvor angeführten Beispielen[1] nicht nur über wenige Stunden hinzieht. Andererseits erreicht die Lösung des Obhutsverhältnisses noch nicht jene mindestens eintägige Dauer, die jedenfalls in der Regel den Schluß auf einen besonders nachhaltigen "Einbruch" in das Sorgerecht erlaubt.[2] Es ist daher die Frage, welcher der beiden erwähnten Gruppen der Fall der acht- bis elfstündigen Dauer des Eingriffs gleichzustellen ist. Berücksichtigt man als entscheidendes Kriterium den Zweck des § 235, so wird man mit dem RG[3] die Voraussetzungen des "Entziehens" bejahen können. Denn bei wertender Betrachtung geht jener "Einbruch" in das Sorgerecht über das von den Eltern noch hinzunehmende Maß hinaus. Ihre Betreuungsmöglichkeiten waren bereits für beinahe einen halben Tag ausgeschaltet, so daß die acht- bis elfjährigen Kinder - insgesamt gesehen und anders als in den Fällen der auf Minuten oder wenige Stunden beschränkten Dauer der Lösung des Obhutsverhältnisses - nicht mehr in den ungeschmälerten Genuß des elterlichen Schutzes kamen. Deshalb verletzt ein sich über die genannte Zeit erstreckender Eingriff in das Sorgerecht dieses in nicht unerheblicher Weise. Das gilt etwa auch dann, wenn eine Fünfzehnjährige durch leere Versprechungen dazu überredet wird, per Bahn von Hamburg nach München zu reisen. Hier ist die Ausübbarkeit des Sorgerechts ebenfalls für mindestens einen halben Tag[4] gestört mit der Folge, daß die

---

1) S.54f.
2) Vgl oben S.6of.
3) JW 1935/3108 = HRR 1936 Nr 77.
4) Ob sich die Berliner Reise, die der Angeklagte mit dem Minderjährigen in dem von RG JW 1938/1388 = HRR 1938 Nr 994 entschiedenen Fall unternommen hat, über eine ähnliche Zeit erstreckte, lassen die Urteilsgründe, soweit sie veröffentlicht sind, nicht erkennen.

Sorgeberechtigten ihrer Tochter aufs Ganze gesehen nicht mehr ihren Schutz angedeihen lassen können. Allein deswegen erscheint die Beeinträchtigung des Obhutsverhältnisses als wesentlich, ohne daß es darauf ankäme, ob es dem Pärchen gelingt, die Sperre der bereits alarmierten Bahnpolizei zu umgehen und sich für längere Zeit in München zu verstecken.

cc. Die vorstehenden Überlegungen haben versucht, die Fälle der wesentlichen Beeinträchtigung von denen einer nur unwesentlichen Störung des Sorgerechts vornehmlich an Hand von Eingriffen in dessen t a t s ä c h l i c h e Ausübung abzugrenzen. Die hiernach maßgebenden Entscheidungskriterien können sich indes verschieben, falls sich der Minderjährige zur Zeit der Tat nicht im „unmittelbaren Herrschaftsbereich" der Sorgeberechtigten, sondern im Bereich p o t e n t i e l l e r Ausübung elterlicher Gewalt (etwa in einer Pflegefamilie [1], bei Verwandten [2] oder in Heimen [3]) aufhält. Denn dann sind die Einwirkungsmöglichkeiten der Eltern durch die vor der „Tat" bestehende räumliche Trennung ohnedies verringert mit der Folge, daß auch eine länger als nur wenige Stunden dauernde Entfernung des Minderjährigen die Ausübbarkeit des Sorgerechts nicht wesentlich beeinträchtigt. So scheidet etwa ein „Entziehen" aus, wenn der einmalige kurze oder auch mehrstündige Besuch der erziehungsberechtigten Mutter bei ihrem im Hause der Großmutter in einer fremden Stadt lebenden Kinde dadurch vereitelt wird, daß jemand das Kind für die Zeit des Besuches aus dem Hause verbringt. Bei dieser Sachlage

1) RGSt 37/1; 48/198.
2) RG LZ 1916 Sp 593.
3) BGH MDR 1962/750; NJW 1963/1412.

kann ein Eingriff in die potentielle Ausübung des mütterlichen Sorgerechts nicht geleugnet werden. Indessen darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß sich die Verbindungen zwischen Mutter und Kind stark gelockert hatten, da die unmittelbare Erziehung der Großmutter anvertraut war. Deshalb wurden die der Mutter noch generell verbleibenden Möglichkeiten, für das Kind zu sorgen, durch seine Entfernung nur „unwesentlich" beeinträchtigt: Sie konnte immerhin noch ihre Vorstellungen über bestimmte Fragen (etwa zur Bildung oder Ausbildung des Kindes) der Großmutter mitteilen und diese veranlassen, in ihrem Sinne auf das Kind einzuwirken. [1] Das ist der entscheidende Gesichtspunkt. Einen anderen Standpunkt legen auch nicht die Grundsätze zur Vereitelung des Besuchsrechts [2] nahe. Auch ohne den Ausführungen zu dieser Frage vorzugreifen, läßt sich folgendes sagen: Die Übernahme jener Grundsätze verbietet sich schon deshalb, weil der Besuchsberechtigte - anders als im Beispielsfall die sorgeberechtigte Mutter - im Fall des nicht nur ganz vorübergehenden „Abschneidens" seiner Befugnisse vorerst keine Möglichkeit mehr hat, den Kontakt zum Kind zu pflegen. Es liegen demnach zwei im entscheidenden Punkt unterschiedliche Sachverhalte vor, die nicht notwendigerweise dieselbe Beurteilung erfahren müssen. Folglich bestehen gegen das Ergebnis, im Beispielsfall ein „Entziehen" zu verneinen, keine durchschlagenden Bedenken.

Dieselben Gründe zwingen auch in dem vom RG in GA Bd 6o/82 entschiedenen Fall dazu, ein „Entziehen" auszuschließen:

> Eine Dreizehnjährige lebte im Haushalt ihres Arbeitgebers. Um Gerüchten über Beziehungen zu ihr ein Ende zu machen, brachte sie A unter einem Vorwand

---

1) Vgl auch RG Höchst RR 1/6o= HRR 1925 Nr 6o.
2) Dazu unten S. 65f.

an einen fremden Ort. Dies teilte er, wie von vornherein geplant, der allein sorgeberechtigten Mutter noch am selben Tage mit. Auf ihr Verlangen holte er das Mädchen sofort zurück.

Die Frage, ob der in A's Verhalten liegende Eingriff in die potentielle Ausübung des Sorgerechts als wesentlich zu bezeichnen ist, kann nach dem soeben Ausgeführten nur verneint werden. Auch hier waren die vor der Fahrt in die fremde Stadt zwischen Mutter und Tochter bestehenden Beziehungen nicht mehr sonderlich intensiv. Selbst wenn der Aufenthalt des Mädchens am Ziel seiner Fahrt mit A einen Tag gedauert hätte, hätte A deshalb das der sorgeberechtigten Mutter noch verbleibende „Lenkungsrecht" nicht wesentlich stören können.

e. Haben sich die vorangegangenen Erörterungen mit der Frage beschäftigt, wann der Eingriff in das S o r g e r e c h t als wesentlich und damit als „Entziehen" bezeichnet werden kann, so soll im folgenden untersucht werden, ob die zuvor entwickelten Maßstäbe auch für Beeinträchtigungen des B e s u c h s r e c h t s eingreifen. Diese Frage ist - jedenfalls grundsätzlich - zu bejahen. Denn ebenso wie das Sorgerecht sind die aus dem Besuchsrecht entspringenden Befugnisse ihrer Natur nach auf Dauer angelegt. Deshalb kann auch hier ein nur vorübergehender Eingriff nicht als „Entziehen" bewertet werden. So verwirklicht z.B. derjenige nicht die Tathandlung des Muntbruchs, der den Minderjährigen aus der Gewalt des Besuchsberechtigten für einen nur viertelstündigen Spaziergang entfernt. Freilich darf ein charakteristischer Unterschied zwischen beiden Rechtsstellungen nicht übersehen werden. Während sich nämlich das Obhutsrecht in aller Regel über einen viele Jahre umfassenden Zeitraum erstreckt, räumt das Vormundschaftsgericht die Befugnis zum

persönlichen Verkehr im allgemeinen lediglich für eine kurze Zeitspanne ein, die sich meist nur auf Tage oder auch nur auf wenige Stunden beläuft.[1] Daraus folgt, daß ein Eingriff in das Besuchsrecht von vornherein einen größeren Störeffekt hat als die Beeinträchtigung des Sorgerechts mit der Konsequenz, daß auch die nur wenige Stunden dauernde Vereitelung des Besuchsrechts als "Entziehen" anzusprechen ist, wenn dem Berechtigten dadurch unmöglich gemacht wird, seine Befugnisse gegenüber dem Kind wahrzunehmen. Entscheidend ist demnach das Maß der Wirkung der zu beurteilenden Handlung.[2]

f. Als E r g e b n i s des zweiten Kapitels ist damit folgendes festzuhalten: Nicht schon jeder Eingriff in die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Sorgerechts bzw. in das Besuchrecht kann als "Entziehen" bezeichnet werden. Vielmehr müssen die deliktischen Handlungen, und zwar jede für sich betrachtet und unabhängig davon, ob sie den Minderjährigen in eine konkrete oder abstrakte Gefahr geraten lassen, von besonderem Gewicht, nämlich wesentlich sein. Das ist der Fall, wenn die Einwirkungsmöglichkeiten der Sorge- oder Besuchsberechtigten - aufs Ganze gesehen - nachhaltig beeinträchtigt werden.

---

1) Vgl BGHSt 1o/376,378; Kohlhaas Anm zu BGHSt 1o/376 in EJF D I (Nr 2); UJ 1958/32o,324; Martin Anm zu BGHSt 1o/376 in LM nach § 235 Nr 3.
2) In diesem Sinne auch Kohlhaas EJF D I (Nr 2). Vgl auch die S.47 Fn 2 genannten Vertreter der Literatur.

3. Gibt nach den Darlegungen des vorangehenden Kapitels vor allem die Dauer der Lösung des Obhutsverhältnisses darüber Aufschluß, ob die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten wesentlich beeinträchtigt werden, so fragt sich doch, ob ein "Entziehen" ausscheidet, wenn der Täter nicht wenigstens eine gewisse räumliche Entfernung zwischen Eltern und Kindern herbeiführt. Die Fragestellung wird deutlich, wenn man sich etwa den Fall vor Augen hält, daß der Täter die Eltern seiner fünfzehnjährigen Freundin ein Wochenende lang fesselt, um mit ihr und den gemeinsamen Freunden ungestört vor den Augen der Sorgeberechtigten eine Party feiern zu können.[1] Hält man eine durch die Tat herbeigeführte räumliche Trennung zwischen Eltern und Kind für unerläßlich, so muß man ein "Entziehen" schon auf Grund der fortbestehenden räumlichen Nähe zwischen Sorgeberechtigten und Schutzbefohlenen verneinen.

Während die Rechtsprechung und die ältere Literatur zu dieser Problematik nicht Stellung genommen haben, wird in der neueren Literatur vereinzelt die räumliche Trennung des Minderjährigen von seinen Erziehungsberechtigten als unabdingbare Voraussetzung des "Entziehens" betrachtet. So setzt das "Entziehen" nach Auffassung Maurachs[2] zweierlei voraus: eine gewisse räumliche Trennung des Minderjährigen vom Berechtigten und eine nicht ganz vorübergehende Dauer derselben. Dieser - Zeit und räumliche Trennung kumulativ fordernden - Formulierung hat sich neben Lackner-Maassen[3] auch Schröder[4] angeschlossen. Zur Begründung

---

1) Zu einem anderen Aspekt des Falles vgl unten S.84.
2) BT § 16 II 2; Nachtrag S.9.
3) Seit der 6. Auflage: § 235 Anm 5. Ebenso Schwarz S.159.
4) Schönke-Schröder § 235 Rdnr 5. Auch Welzel (LB § 43 IV 1) fordert "eine räumliche Trennung von einer gewissen räumlichen Erheblichkeit".

verweist er auf die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung, die deshalb geboten sei, weil nur so die Vereitelung einzelner Erziehungsmaßnahmen, die unter Umständen bereits das Sorgerecht der Eltern „wesentlich" beeinträchtigen könnte, aus dem Bereich des § 235 herauszunehmen sei.

Ob dieser neueren Auffassung zu folgen ist, läßt sich nur unter Berücksichtigung von Wortlaut und Zweck des § 235 entscheiden. Was zunächst die wörtliche Interpretation des Kindesraubes angeht, so mag sie vorderhand dafür sprechen, ein „Entziehen" von einer räumlichen Trennung abhängig zu machen[1] und damit das Vergehen der Kategorie der „verhaltensgebundenen Delikte"[2] oder „erfolgsverbundenen Tätigkeitsdelikte"[3] zuzuordnen. Zwingend ist eine derartige Auslegung indes keineswegs. Schon die übertragene Bedeutung jenes - seinem Wortsinn nach neutralen und dementsprechend vielfach (u.a. in den §§ 88, 109a, 248c, 316b, 317) verwendeten - Merkmals weist nicht notwendigerweise auf ein räumliches Entfernen hin. Sie öffnet vielmehr den Weg zu einem Verständnis, nach dem „Entziehen" - als modalitätsunabhängiges Verhalten - ganz allgemein die Fälle meint, in denen die Ausübbarkeit des Sorgerechts nicht unerheblich beeinträchtigt wird.

Daß eine mit „Entziehen" umschriebene Tathandlung durchaus ohne räumliche Veränderung des Angriffsobjektes erfüllt werden kann, zeigt sich auch an den Vorschriften der §§ 133 und 136. So ist eine Sache der dienstlichen Verfügung „entzogen" (§ 133), wenn es dem dienstlich Berechtigten - sei es mit, sei es ohne Ortsveränderung - unmöglich gemacht wird, auf die Sache zuzugreifen.[4] Ferner liegt ein „Entziehen" i.S.d. § 136 Abs. 1 vor, wenn die Verfügungsgewalt der Behörde über die Sache ohne räumliche Veränderung ganz oder teilweise, dauernd

---

1) Vgl oben S.5.
2) So Herzberg S.6off.
3) Lackner § 13 Anm. 4; § 13 Vorbem. IV 3.
4) Vgl Dreher § 133 Anm. 4 D; Lackner Anm. 4.

oder vorübergehend aufgehoben worden ist.[1]

Wenn man sich auch hüten sollte, die an einzelnen Tatbeständen gewonnenen Ergebnisse unbesehen auf andere Vorschriften zu übertragen, so macht doch die soeben angeführte Auslegung der Handlungen von Verwahrungs- wie Verstrickungsbruch eines ganz deutlich: Seinem Wortsinn nach setzt das Merkmal „Entziehen" nicht unbedingt eine räumliche Veränderung des Handlungsobjekts voraus. Will der Gesetzgeber deshalb mit Hilfe jenes Merkmals nicht bereits das modalitätsunabhängige Verursachen eines bestimmten Erfolgs erfassen, sondern vielmehr eine besondere Handlungsmodalität beschreiben, muß er zu Wendungen greifen, die das räumliche Moment klar herausstellen. Dies läßt sich aufzeigen etwa an der früheren Fassung des § 142, in der nicht schon das bloße „Sichentziehen", sondern erst das „Sichentziehen durch Flucht" erfaßt wurde. Damit gründete sich der strafrechtliche Vorwurf auf eine „spezifische Art der Vereitelung"[2] der in § 142 a.F. genannten Feststellungen, nämlich auf eine Handlungsweise, durch die der Täter seinen Aufenthaltsort wechselte. Die Unfallflucht alter Prägung wurde damit zu Recht als verhaltensgebunden bezeichnet.[3]

Da im Gegensatz zum Wortlaut des § 142 die Vorschrift des Kindesraubes die strafbare Begehungsweise allein mit dem Begriff des Entziehens umschreibt, bestehen hier vom Wortsinn her keine Bedenken, die Minderjährigen auch bei fortdauernder räumlicher Nähe zu ihren „Schutzherren" als „entzogen" anzusehen, falls nur deren Einwirkungsmöglichkeiten „wesentlich" beeinträchtigt sind.

Die vorstehenden Ausführungen bieten für sich genommen allerdings noch keine ausreichende Grundlage, das Merkmal der räumlichen Trennung als Voraussetzung des „Entziehens" zu ver-

---

1) Vgl insbesondere Schönke-Schröder § 137 Rdnr 12; s. weiter OLG Hamm NJW 1956/1889; Dreher § 136 Anm. 3 B.
2) Herzberg S.95.
3) So von Herzberg S.96.

werfen. Sie haben lediglich dargetan, daß eine solche Auslegung möglich wäre. Zu überlegen bleibt, ob diese Interpretation auch sachgerecht ist oder ob nicht deshalb auf das räumliche Moment zurückgegriffen werden muß, weil ihm die Funktion einer Typisierung der „Wesentlichkeit" des Eingriffs in die Elternrechte zukommt. Auf diese Frage vermag nur der Blick auf den Inhalt der elterlichen Befugnisse eine Antwort zu geben. Würde sich dabei zeigen, daß diese Befugnisse ausschließlich oder doch ganz wesentlich dadurch geprägt werden, daß die Sorgeberechtigten die Minderjährigen „um sich herum" haben, könnte dem Merkmal der räumlichen Trennung in der Tat eine strafbarkeitsbegründende Funktion zuerkannt werden. Sollte sich dagegen herausstellen, daß das Sorgerecht weder ausschließlich noch auch nur in erster Linie als Möglichkeit zur „häuslichen Gemeinschaft" zwischen Eltern und Minderjährigen zu begreifen ist, wäre nicht einzusehen, warum zur Abgrenzung des strafrechtlich erheblichen Bereichs an das räumliche Moment angeknüpft werden sollte.

Aufschluß über den demnach entscheidenden Inhalt des Personensorgerechts gibt - wie früher erwähnt[1] - § 1631 BGB. Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt danach das Recht, das Kind zu erziehen - d.h. neben der täglichen Sorge für das körperliche, geistige und seelische Wohl des Kindes alle für dessen Entwicklung wesentlichen Entscheidungen zu treffen mit dem Ziel, das Kind zu einer selbständigen Persönlichkeit heranzubilden[2]-, es zu beaufsichtigen - d.h. es vor Schäden zu bewahren, die es sich selbst zufügen kann und die ausgehen können von Gegenständen, räumlichen oder baulichen Gegebenheiten und von dritten Personen[3]- und seinen Aufenthalt zu bestimmen - d.h. den Ort festzulegen, an dem das Kind kürzere oder längere Zeit leben soll.[4]

---

1) Vgl oben S.16.
2) Vgl Danzig S.144; Peters S.381; Reuter S.82.
3) Vgl etwa Danzig S.149.
4) Vgl etwa Danzig S.151.

Diese Bestandteile der elterlichen Gewalt stehen nun schon nach dem Wortlaut des § 1631 BGB gleichgeordnet nebeneinander. Nichts weist - jedenfalls äußerlich gesehen - darauf hin, daß die Vorschrift die beiden zunächst genannten Befugnisse zugunsten des Aufenthaltsbestimmungsrechts zurückdrängt mit der Folge, daß gerade dieses letztere Recht der elterlichen Gewalt charakteristische - „räumliche" - Züge verleiht. Einem „Überspielen" des Erziehungs- und Aufsichtsrechts durch das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, steht nicht nur der Aufbau des § 1631 BGB entgegen. Auch der - soeben erläuterte - Sinngehalt jener beiden Befugnisse spricht gegen die Verengung des Blickwinkels auf eine bloß „räumliche" Sicht. Daß diese Rechte neben dem Aufenthaltsbestimmungsrecht und unabhängig von ihm einen selbständigen Stellenwert behaupten, zeigt sich besonders deutlich in Fällen, in denen die Befugnis, den Aufenthalt des Minderjährigen zu bestimmen, den Eltern aberkannt und auf einen Pfleger übertragen wird (§ 1666 BGB).[1] Die Sorgeberechtigten behalten hier immer noch die Möglichkeit, kraft des Erziehungs- und Aufsichtsrechts ganz wesentlichen Einfluß auf die Entwicklung des Minderjährigen zu nehmen. Warum sollte nicht ein „Entziehen" anzunehmen sein, wenn die Ausübung dieser Rechte unmöglich gemacht wird, sei es mit, sei es ohne Veränderung des Aufenthaltsortes des Minderjährigen?
Schon dieses Beispiel spricht dagegen, dem Merkmal der räumlichen Trennung typisierte Bedeutung für die Wesentlichkeit eines Eingriffs in die elterlichen Befugnisse zuzuerkennen. Gegen eine derartige Typisierung lassen sich weitere Fallgestaltungen ins Feld führen: Verwiesen sei etwa auf Konstellationen, bei denen sich der Minderjährige vor der Tat außerhalb des räumlichen Machtbereichs der Sorgeberechtigten befindet, diese jedoch nach wie vor - etwa durch telefonische Kontakte - ihre Erziehungs- und Aufsichtsrechte wahrnehmen können. Werden diese Einwirkungsmöglichkeiten nur lange genug

---

1) Dazu auch S.16ff.

ausgeschaltet, ist angesichts der Gleichwertigkeit aller Bestandteile des Sorgerechts ein „Entziehen" zu bejahen, und zwar unabhängig davon, ob der Aufenthaltsort des Minderjährigen verändert wird oder nicht.

Sieht man aber bei Sachgestaltungen der soeben besprochenen Art die Tathandlung des § 235 als erfüllt an, ist es zwingend, in anderen Fällen gleichfalls die Vereitelung auch nur einer der in § 1631 BGB genannten Befugnisse ausreichen zu lassen. Ein „Entziehen" ist dementsprechend auch dann zu befürworten, wenn die Erziehungsmöglichkeiten dadurch - wesentlich - beeinträchtigt werden, daß das Kind in unmittelbarer Nähe der Eltern versteckt wird. Das Fehlen einer räumlichen Trennung bedeutet - wie gesagt - nicht notwendigerweise eine nur geringe Intensität der Störung des Sorgerechts. Unter diesen Umständen erscheint es nicht sachgerecht, im Beispielsfall eine Bestrafung wegen Muntbruchs davon abhängig zu machen, ob der Täter die Eltern, statt sie gefesselt in demselben Raum zu belassen, in den Keller oder gar nur in das Nebenzimmer einsperrt. In a l l e n genannten Konstellationen ist die Grenze zum strafbaren „Entziehen" bereits überschritten.

Verbietet es sich demnach, die Herbeiführung einer räumlichen Trennung zwischen dem Sorgeberechtigten und seinem Schutzbefohlenen als unabdingbare Voraussetzung des „Entziehens" anzusehen, so kann die Vereitelung von Einzelmaßnahmen nicht auf diesem - von Schröder vorgeschlagenen - Wege aus dem strafbaren Bereich „verbannt" werden. Eine wesentliche Beeinträchtigung des Sorgerechts läßt sich vielmehr n u r an Hand des zuvor abgehandelten Zeitmoments feststellen. Daher bleibt, wer die minderjährige Tochter vor den Augen der geknebelten Eltern vergewaltigt, nicht deshalb wegen Muntbruchs straflos, weil er das Mädchen in unmittelbarer Nähe der Sorgeberechtigten beläßt, sondern lediglich auf Grund der Tatsache, daß die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten insgesamt gesehen nur für eine unerhebliche Zeitspanne gestört werden.

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen - wonach dem Merkmal der räumlichen Trennung, und zwar auch unter dem Gesichtspunkt einer typisierten Wesentlichkeit eines Eingriffs in das Sorgerecht, keine besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist - könnte jedenfalls auf den ersten Blick dafür sprechen, Eingriffe in das Elternrecht allein durch „Anstiftung" des Minderjährigen zum Ungehorsam nicht von vornherein straflos zu lassen.

Einen solchen Schluß legen Stellungnahmen im Schrifttum nahe, die eine „bloße seelische Entfremdung" deswegen als nicht tatbestandsmäßig ansehen, weil die räumliche Verbindung zwischen Minderjährigem und Sorgeberechtigten nicht gestört sei.[1] Wie indes zu zeigen sein wird, läßt sich in den fraglichen Sachgestaltungen ein „Entziehen" auch von dem hier eingenommenen Standpunkt aus verneinen. Diese Beurteilung hat einmal für die Fälle zu gelten, in denen der Eingriff des Täters einen nur v o r ü b e r g e h e n d e n Ausschluß elterlicher Erziehungsmöglichkeiten bewirkt und damit nicht die Schwelle zu ihrer „wesentlichen" Beeinträchtigung[2] überschreitet. Ein „Entziehen" scheidet ferner aus, wenn die Sorgeberechtigten infolge der Einwirkungen des Täters zwar nicht bloß vorübergehend Einfluß auf den Minderjährigen verlieren, dieser Verlust indes auf dessen als verantwortlich anzuerkennende Entscheidung zurückgeht: Denn ist unter diesem Gesichtspunkt der Eingriff in das Sorgerecht dann nicht als „Entziehen" zurechenbar, wenn sich der Minderjährige aus dem Elternhaus entfernt[3], so kann für den hier zu beurteilenden Fall, daß der Minderjährige weiterhin im Hause seiner Eltern verbleibt,

---

1) Vgl Kohlhaas UJ 1958/320,324; Schaefer LK, 8. Aufl., § 235 Anm. II a.
2) Vgl dazu S.51ff.
3) Vgl unten S.125ff.

nichts anderes gelten. Übrig bleiben somit die Sachgestaltungen, in denen die soeben angesprochenen Voraussetzungen nicht vorliegen, beispielsweise ein nicht „verantwortlich" handelndes Kind auf längere Dauer gegen seine Eltern eingenommen wird. Auch bei solchen Gegebenheiten läßt sich ein „Entziehen" nicht bejahen. Für dieses Ergebnis spricht einmal der Umstand, daß der Herrschaftsbereich der Sorgeberechtigten formal unangetastet bleibt, ihre E i n w i r k u n g s m ö g l i c h k e i t e n nach wie vor vorhanden sind. Die „Gewalthaber" k ö n n e n daher den Minderjährigen in ihrem Sinne beeinflussen. Solange nur die A u s ü b b a r k e i t des Sorgeberechtigten für sich genommen gewährleistet ist, muß mithin ein „Entziehen" abgelehnt werden. An dieser Sicht der Dinge vermag auch der Umstand, daß tatsächlich die elterlichen Erziehungsbemühungen infolge des Eingriffs des Täters für eine nicht unerhebliche Zeit erfolglos bleiben, nichts zu ändern. Denn darauf kommt es angesichts des Schutzes, den § 235 allein der tatsächlichen wie potentiellen Ausübung des Erziehungsrechts und nicht etwa dessen erfolgreicher Betätigung gewährt, nicht an. Die hier vertretene Ansicht fußt zudem auf der Überlegung, daß der Verzicht auf das Merkmal der räumlichen Trennung als unabdingbare Voraussetzung eines „Entziehens" nicht zu einer uferlosen Ausdehnung des strafbaren Bereichs führen darf. Deshalb können dem § 235 nicht jegliche Störungen des Sorgerechts unterfallen, sondern nur solche, die durch Schaffung äußerer Umstände erfolgen. I n s o f e r n läßt sich also eine Typisierung der Wesentlichkeit bejahen. Bloße

seelische Einwirkungen auf den Minderjährigen bleiben demnach außerhalb der strafbaren Zone.

4. Bisher wurde die Frage erörtert, wann ein wesentlicher Eingriff in die potentielle Ausübung des Personensorgerechts anzunehmen ist. Kann ein gravierender Eingriff festgestellt werden, so ist damit allerdings noch nicht endgültig entschieden, daß auch ein "Entziehen" gegeben ist. Die Frage ist nämlich, ob eine wesentliche Beeinträchtigung des Personensorgerechts ausreicht oder ob neben dem Eingriff in die elterliche Gewalt die Begründung eines neuen Abhängigkeitsverhältnisses zu verlangen ist. Die Problematik taucht etwa auf, wenn jemand mit seiner siebzehnjährigen Verlobten nach Amerika flieht, um sie dort - gegen den Willen der Eltern - zu heiraten. Zwar bricht der Täter hier die elterliche Gewalt, ein neues Machtverhältnis wird aber durch Begründung eines - partnerschaftlichen - Eheverhältnisses nicht statuiert.

Ob der Täter in Fällen dieser Art nach § 235 zu bestrafen ist, war früher streitig. Ein Teil der älteren Literatur[1] und das Reichsgericht in seiner Entscheidung aus

---

1) V. Buri GS Bd 27/517,524; Bd 29 S.82 der Beilage; Geyer Bd 3 S.600; Hälschner GS Bd 35/1,9; Hey S.34/35; Knitschky S.285,300; v. Liszt (15. Aufl) S.361; v. Liszt-Schmidt (25. Aufl) S.532; Olshausen (1. und 2. Aufl) § 235 Anm 1; Oppenhoff-Delius § 235 Anm 6; v. Schwarze § 235 vor Anm 1; Villnow S.117; Wachenfeld S. 348.

dem Jahre 1888[1] - allerdings ohne Begründung - fassen das "Entziehen" als zweiaktiges Geschehen auf, das neben dem Eingriff in die elterliche Gewalt die Begründung eines neuen Abhängigkeitsverhältnisses über den Minderjährigen voraussetze. Demgegenüber vertreten ein anderer Teil der älteren Literatur[2] und - einhellig - das neuere Schrifttum[3] wie auch die spätere Rechtsprechung des RG[4] und das BayObLG[5] die Auffassung, der Eingriff in das Sorgerecht reiche aus, es bedürfe keines neuen Abhängigkeitsverhältnisses über den Entzogenen.

Die ältere Literatur, vertreten durch Hey, Knitschky und Villnow, beruft sich für die von ihr befürwortete Auffassung, beim Kinderraub handele es sich um ein zweiaktiges Delikt, im wesentlichen auf die Entstehungsgeschichte des § 235 sowie auf den erschwerten Fall dieser Vorschrift.

Der zweite Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund enthielt in seinem § 23o, dem heutigen § 235, als Tathandlung ein "Entziehen". Damit rückte er ab

---

1) Rspr Bd 1o/74,78.
2) Beling ZStW Bd 18/289; Binding LB S.115; Daude § 235 Bem 93; Fichtl S.61ff; Frank § 235 Anm II; Gerland S.4o5; Hausmann S.26 Fn 1; v. Hippel LB S.21o Anm 9; Hirschberg S.133 Anm 1; Kohler S.114; Merkel LB S. 313 (nicht ganz eindeutig); Meyer S.513; Meyer-Allfeld S.393; Nippgen S.48ff; Olshausen (von der 3. Aufl an) § 235 Anm 2 a; Rosenfeld S. 4o1; Schwartz § 235 Anm 2.
3) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer § 235 Anm 3; Dreher § 235 Anm 3; Maurach BT § 16 II 2, Nachtrag S.9; Mezger-Blei II S.65; Niethammer S.217; Schaefer LK, 8. Aufl, § 235 Anm II a; Schönke (1. Aufl) § 235 Anm II 1; Schönke-Schröder § 235 Rdnr 6.
4) RGSt 18/273,275; 24/133,137; RG JW 1935/31o8.
5) GS Bd 97/188,189.

von der Fassung des ersten Entwurfs und des preußischen Strafgesetzbuchs, die beide in § 2o5 von einem "Entführen" sprachen. Diese Änderung sollte darauf hinweisen,[1] den Kinderraub als besondere Art des Menschenraubes, nicht aber als besondere Art der Entführung aufzufassen, In Heys[2] Augen spricht vor allem dieser Hinweis der Motive auf den Kinderraub als b e s o n d e r e A r t des Menschenraubes dafür, das "Entziehen" des § 235 wie das "Bemächtigen" des § 234 als zweiaktige Handlungsweise anzusehen. Diese Beurteilung wird nach Villnows Ansicht[3] im übrigen durch den erschwerten Fall des Muntbruchs (vgl § 235 aF) gestützt. Der damalige § 235 III sah eine erhöhte Strafe für den Fall vor, daß der Täter in der Absicht handelt, die minderjährige Person "zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu g e b r a u c h e n ." Um diese Absicht, den "Gebrauch" des Minderjährigen zu erreichen, so meint Villnow,[4] müsse der Jugendliche in die Macht des Täters gelangen.

Beide Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Zunächst kann der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 235 nicht als zwingend anerkannt werden. Vielmehr ist die Auffassung nicht von der Hand zu weisen,[5] daß die Ersetzung des "Entführens" durch ein "Entziehen" lediglich mit Rücksicht auf das gemeinrechtliche Verständnis erfolgt sei - denn nach diesem Verständnis konnten nur Frauen

---

1) Vgl die Motive zu Abschnitt 18 S.117; Fichtl S.36 Fn 2.
2) S.36; ebenso Knitschky S.298f.
3) S.112.
4) AaO; ebenso Hey S.36.
5) So RGSt 18/273,278ff; Hoyer S.57; Olshausen (11. Aufl) § 235 Anm 2.

"entführt" werden[1] - und nicht bezweckt habe, den Tatbestand des Muntbruchs von einem Merkmal des in § 234 aufgeführten Menschenraubes abhängig zu machen.
Aber auch der Hinweis auf den erschwerten Fall ist nicht stichhaltig. Zwar hätte die Verwirklichung der "Gebrauchsabsicht" ein neues Abhängigkeitsverhältnis über den Minderjährigen gefordert; denn nur so hätte der Täter - jedenfalls in der Masse der Fälle - sein Opfer zu den angegebenen Zwecken "einsetzen" können. Doch ging § 235 III aF keineswegs davon aus, daß der Täter sein Opfer wirklich zu den bezeichneten Zwecken gebrauchte. Ausreichend war die entsprechende "Gebrauchs a b s i c h t". Die Begründung eines neuen Abhängigkeitsverhältnisses wurde damit nicht vorausgesetzt.[2] Selbst wenn man dies unterstellen wollte, so wäre eine sich hieran orientierende einschränkende Auslegung der Tathandlung des einfachen Kinderraubes nicht zu begründen.[3] Gerade weil die "Gebrauchsabsicht" nur in § 235 aF verlangt wurde, konnte man - durch Umkehrschluß - dies im Fall des einfachen Kinderraubs verneinen.
Konnte somit schon die alte Fassung von § 235 nicht zur Grundlage einer einschränkenden Auslegung gemacht werden, so ist dies noch weniger bei der neuen Fassung der Fall. Ein besonders schwerer Fall liegt jetzt[4] in der Regel u.a. dann vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, den Minjährigen zur Unzucht zu b r i n g e n . Daß jedenfalls dieser Formulierung nicht das Erfordernis eines anderen Gewaltverhältnisses zu entnehmen ist, gibt auch Villnow[5] zu.

---

1) Zur Geschichte des Kinderraubes vgl Fichtl S.1ff; Hey S.1ff; Knitschky aaO; Nippgen S.9ff.
2) So RG aaO S.277; Fichtl S.63; Hoyer aaO; Olshausen aaO.
3) Anders indes Villnow aaO.
4) Seit dem 4. StrRG wird diese Möglichkeit allerdings nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Vgl Dreher § 235 Anm 5.
5) S.118.

Lassen sich damit schon keine überzeugenden Gründe dafür anführen, die Vollendung des "Entziehens" von der Begründung eines neuen Machtverhältnisses über den Minderjährigen abhängig zu machen, so spricht entscheidend gegen dieses Erfordernis der Schutzzweck des § 235.
Wie zuvor ausgeführt,[1] schützt die Vorschrift vor allem das Personensorgerecht. Dieses Recht wird in seiner Aufgabe, die Minderjährigen zu betreuen, zwar am stärksten beeinträchtigt, wenn der Täter nach Bruch des elterlichen "Gewahrsamsverhältnisses" ein eigenes Herrschaftsverhältnis über den Jugendlichen begründet. Das bedarf angesichts der uneingeschränkten Gewalt des Täters keiner näheren Erörterung. Erinnert sei nur an den "Mädchenhändlerfall",[2] in dem die unerfahrene siebzehnjährige Haustochter, aus ihrer heimatlichen Provinzstadt nach Tanger "verbracht", infolge ihrer fehlenden Gewandtheit, ihres Geldmangels und ihrer Sprachunkenntnisse völlig den Einflüssen ihres "Arbeitgebers" ausgeliefert war.
Die elterlichen Befugnisse werden aber nicht nur in diesen Fällen eines "Austausches" der Herrschaftsverhältnisse gestört. Ihre schützende Hand über die Kinder können die Eltern schon dann nicht mehr halten, wenn jene ihrem Schutzbereich e n t r ü c k t sind. A l l e i n schon durch die L ö s u n g des Obhutsverhältnisses verlieren sie ihre Einwirkungsmöglichkeiten, ohne daß es darauf ankäme, was außerhalb ihres Einflußbereiches geschieht. Dann aber gebietet es der Zweck des § 235, wie auch Vertreter der Gegenmeinung einräumen,[3] den Anwendungsbereich des Muntbruchs auch auf jene Fälle zu erstrecken, in denen es lediglich zu einem "Einbruch" in das elterliche Schutzverhältnis gekommen war. Reichsgericht und überwiegende Mei-

---

1) S.16ff.
2) S.61.
3) Vgl z.B. Knitschky S.298.

nung lassen deshalb zu Recht ein "Entziehen" im Ausgangsbeispiel auf S.75 nicht daran scheitern, daß der Täter kein neues "Herrschaftsverhältnis" über seine Verlobte begründete.
Eine sich an der elterlichen Schutzfunktion orientierende Betrachtungsweise hat nach alledem das "Entziehen" als e i n aktiges Geschehen aufzufassen: Sobald nur der bloße Entzug des Minderjährigen aus dem "Machtbereich" der Sorgeberechtigten deren Betreuungsmöglichkeiten wesentlich beeinträchtigt, muß er unter § 235 fallen. Ob der Täter überdies ein neues Gewaltverhältnis über das "Opfer" begründet, ist nicht entscheidend.

5. Bislang ging es stets um die Frage, wann ein t a t s ä c h l i c h e r Eingriff in das Sorgerecht als "Entziehen" zu werten ist. Ausgespart blieb dabei die Frage, wie die Beseitigung der r e c h t l i c h e n Grundlage des Personensorgerechts zu beurteilen ist. Die hier auftauchende Problematik sei an folgendem Beispiel[1] verdeutlicht:

> M und F sind geschieden.[2] Die Kinder aus dieser Ehe sind der Mutter F zugesprochen. M will erreichen, daß er das Sorgerecht über die Kinder erhält. Als er erfährt, daß F mit einem verheirateten Mann eheähnlich zusammenlebt, strengt er ein Abänderungsverfahren (gemäß §§ 1696, 1671 BGB) an, in dessen Verlauf der F das Sorgerecht entzogen wird mit der Folge, daß er selbst kraft Gesetzes (§§ 168o, 1679 Abs. 2 BGB) Sorgerechtsinhaber wird. Der F wäre das Sorgerecht nicht entzogen worden, wenn M sich während des Rechtsstreits nicht fälschlich als wiederverheiratet ausgegeben hätte. In Wirklichkeit lebt er mit einer Frau in wilder Ehe.

Stellt man die Frage, ob das Verhalten des M unter § 235

---

1) Nachgebildet der Entscheidung des OLG Stuttgart NJW 1968/1341.
2) Wegen § 1672 BGB gelten die Ausführungen auch für den Fall, daß die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt leben.

fällt, so ist zunächst festzustellen, daß es für F im Ergebnis gleichgültig ist, ob M ihre Kinder entführt oder ob er mit Hilfe einer erschlichenen gerichtlichen Entscheidung erreicht, daß ihr die Kinder genommen werden. In beiden Fällen kann sie das Sorgerecht über die Kinder nicht mehr ausüben.

Bei näherer Betrachtung stellen sich jedoch Bedenken ein, ob tatsächlich beide Fallgruppen gleich behandelt werden können. Dies hat das OLG Stuttgart[1] verneint. Zur Begründung führt es - unter Billigung des Schrifttums[2] - aus, § 235 schütze den Sorgeberechtigten davor, daß ihm die A u s ü b u n g des Sorgerechts vorenthalten werde. Wer es aber erreiche, daß dem anderen das Sorgerecht als solches entzogen werde, greife nicht in die Ausübung des Sorgerechts, sondern in dessen B e s t a n d ein. Diese Handlungen würden von § 235 nicht erfaßt.

Obwohl diesen Überlegungen im Ergebnis zuzustimmen ist, bleiben sie doch auf die eigentliche Frage, w a r u m der Muntbruch ein "Entziehen" bei rechtlichem Fortbestand voraussetzt, die Antwort schuldig. Sie gehen mit keinem Wort darauf ein, daß sich die These, § 235 schütze nur die A u s ü b u n g des Sorgerechts, einzig mit dem Hinweis auf die Art und Weise, w i e der Zweck der familienrechtlichen Befugnisse erreicht werden soll, begründen läßt. Das Ziel des Elternrechts, die Minderjährigen vor Gefahren zu bewahren, wird in einer spezifischen Weise angestrebt, nämlich dadurch, daß dieses Recht mit der Pflicht zur Wahrnehmung der entsprechenden Befugnisse unlöslich verbunden ist. Daher liegt der Unrechtsgehalt des Muntbruchs in einer Trennung von Sorgerecht und -pflicht. Daraus folgt aber, daß nur derjenige die Jugend-

---

1) AaO S.1342.
2) Dreher § 235 Anm 3 A; Heimann-Trosien LK § 235 Rdnr 4; Lackner-Maassen § 235 Anm 5; Maurach BT § 16 II 2, Nachtrag S.9; Petters-Preisendanz § 235 Anm 4; Schönke-Schröder § 235 Rdnr 8.

lichen in strafbarer Weise entziehen kann, der sie aus dem elterlichen Schutzbereich entfernt, ohne selbst eine r e c h t l i c h begründete Verantwortung für sie zu übernehmen. Denn nur dadurch maßt er sich in einseitiger Weise eine "Verfügungsgewalt" an, der das sonst vorhandene Korrelat der Sorgepflicht nicht entspricht. Eine solche Usurpation von "Herrschaftsgewalt" scheidet hingegen aus, wenn das Sorgerecht als solches übertragen wird. Zusammen mit den Rechten gehen dann nämlich die Verpflichtungen als deren Kehrseite auf den neuen Inhaber über.
Bedenken gegen diese Unterscheidung von tatsächlichen und rechtlichen Eingriffen lassen sich auch nicht daraus herleiten, daß sich die Person der Trägers der familienrechtlichen Befugnisse ändert. Denn es ist nicht zu übersehen, daß der neue Sorgeberechtigte ebenso wie der alte in rechtlich verbindlicher Weise für das Wohl des Kindes zu sorgen hat und bei Mißbrauch seiner Befugnisse dem Vormundschaftsgericht Rechenschaft schuldig ist (§ 1666 BGB). Angesichts dieser das Wohlergehen der Kinder und Jugendlichen sichernden Kautelen erscheint derjenige, der das Sorgerecht durch eine erschlichenen gerichtliche Verfügung übertragen erhält, nicht als strafwürdig. Für den "verlierenden" Teil besteht nur die Möglichkeit, gemäß § 57 Abs. 1 Nr 9 FGG gegen die Abänderungsverfügung Beschwerde einzulegen mit dem Ziel, die Rückübertragung des Sorgerechts zu erreichen.

Um das Bild dieses Kapitels abzurunden, seien in einer knappen Zusammenfassung weitere Fälle angeführt, in denen ein tatsächliches Geschehen ebenfalls eine rechtliche Veränderung der elterlichen Gewalt zur Folge hat und deshalb ein "Entziehen" ausscheidet.
Zunächst ist die bloße Tötung eines Minderjährigen aus dem

Bereich des § 235 herauszunehmen. Da die elterliche Gewalt mit dem Tode des Kindes endet (vgl § 1698 b BGB),[1] werden hier - zugleich mit einem tatsächlichen Eingriff - die rechtlichen Grundlagen des Sorgerechts beseitigt.
Das gilt auch, wenn ein Elternteil getötet wird; auch hier erlischt die elterliche Gewalt mit seinem Tode, vgl § 1681 Abs. 1 BGB. Ähnlich ist die Rechtslage, wenn jemand veranlaßt, daß ein Elternteil - zu Unrecht - für tot erklärt oder daß seine Todeszeit festgestellt wird, § 1677 BGB, §§ 1ff, 23, 39, 44 VerschG.
Ebensowenig macht sich nach § 235 schuldig, wer durch eine falsche Aussage dazu beiträgt, daß ein Elternteil wegen eines vermeintlich an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu einer Freiheitsstrafe nicht unter sechs Monaten verurteilt wird und dadurch die elterliche Gewalt verwirkt, § 1676 BGB.
Der rechtliche Bestand des Personensorgerechts wird schließlich auch dann beeinträchtigt, wenn das Vormundschaftsgericht, gestützt auf § 1666 BGB, das Sorgerecht ganz oder teilweise aufhebende Maßnahmen trifft. Wer diese veranlaßt, entzieht den Eltern das Kind genau so wenig, wie wenn er - etwa durch wahrheitswidrige Angaben - erreicht, daß das Vormundschaftsgericht das Besuchs- oder Verkehrsrecht für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschließt, § 1634 Abs. 2 S. 2 BGB.

---

1) S. Schwartz § 235 Anm 9.

6. Das Ziel der bisherigen Untersuchungen war es herauszufinden, wann ein wesentlicher Eingriff in das Sorgerecht vorliegt, wenn d i e K i n d e r aus dem elterlichen Schutzbereich entfernt werden. Das familienrechtliche Sorgeverhältnis kann jedoch nicht nur dadurch gestört werden. Möglich ist auch eine Störung durch Handlungen, die sich u n m i t t e l b a r gegen den Obhutspflichtigen und Sorgerechtsinhaber auswirken. Es ist die Frage, ob unter diesen Umständen ein "Entziehen" im Sinne von § 235 bejaht werden kann.
Zu denken ist etwa an folgende Fälle:

> A möchte mit der fünfzehnjährigen T von elterlicher Aufsicht ungetrübte Stunden in deren Elternhaus verleben. Aus diesem Grunde gibt er ein gefälschtes Telegramm auf, das die Eltern vom Dahinscheiden eines nahen Verwandten unterrichtet. Wie erwartet, reisen die Eltern zu der Beerdigung.
>
> Die minderjährige T befindet sich im Hause des A. Den Eltern der T, die davon Kenntnis erhalten, versperrt A den Zutritt. Der T indes stellt er frei, zu den Eltern zu gehen.

Die Rechtsprechung hatte, soweit ersichtlich, unter der Geltung des StGB noch keinen Anlaß zu beurteilen, ob in Fällen dieser Art die Kinder den Sorgerechtsinhabern "entzogen" sind. Lediglich aus der Praxis des preußischen Obertribunals ist eine derartige Fallgestaltung bekannt. Die Entscheidung erging zu § 2o6 des damaligen preußischen StGB, der allerdings nicht das Merkmal "Entziehen", sondern "Entführen" enthielt. Da das "Entziehen" aber nur mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Terminologie gewählt worden war,[1] fällt dieser Umstand nicht entscheidend ins Gewicht. Das preußische OT hatte folgenden Fall zu beurteilen:[2]

---

1) Vgl oben S.77f.
2) Mitgeteilt von Goltdammer GA Bd 14/617.

> Die minderjährige schwangere N bat aus Angst vor ihren Eltern, denen die Schwangerschaft unbekannt war, die Angeklagten, ein im selben Ort lebendes Ehepaar, sie bis zur Geburt des Kindes aufzunehmen. Die Zuflucht wurde gewährt. Um sie an der Suche nach ihrer Tochter zu hindern, begab sich die Mitangeklagte zu den Eltern, stellte sich unter falschem Namen vor und gab an, N als Dienstmädchen mit an ihren angeblich weit entfernten Wohnort nehmen zu wollen. Die Eltern stimmten zu. Ohne Entdeckung fürchten zu müssen, konnte so N bis zur ihrer Entbindung im Hause der Angeklagten bleiben. Während ihres Aufenthaltes war ihre persönliche Freiheit nicht beeinträchtigt. Sie wäre jederzeit in der Lage gewesen, ins Elternhaus zurückzukehren, wenn sie es nur gewollt hätte.

Das Gericht hielt die Tathandlung des § 2o6 pr. StGB mit folgender Begründung für gegeben: N sei ihren Eltern entführt, indem sie aus dem Hause, der Obhut und dem Gewahrsam der Eltern durch die Mitangeklagte weggeführt worden sei. Zwar sei sie in derselben Stadt geblieben, doch sei sie der elterlichen Aufsicht dadurch entzogen worden, daß ihr Aufenthalt an einem anderen Ort vorausgesetzt sei. Damit sei die Geltendmachung der elterlichen Rechte erheblich erschwert, wenn nicht gänzlich abgeschnitten worden.[1)]
Auch im Schrifttum zu § 235[2)] wird die hier angesprochene Problematik nur von einzelnen Autoren mit unterschiedlichem Ergebnis gesehen.
Villnow[3)] z.B. verneint in diesen Fällen ein "Entziehen". Wird dem Erziehungsberechtigten der Zutritt zum Kinde verwehrt, werden nach seiner Ansicht nicht die Kinder ihren Eltern, sondern umgekehrt die Eltern den Kindern entzogen.

---

1) Im folgenden hatte sich das Gericht mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Wirkung dem Einverständnis der Eltern zukommt. Vgl dazu S.88ff.
2) Anders ist die Lage bei § 236 aF. Vgl unten S.141.
3) S.1o8/115f. Seine Ausführungen beziehen sich ausdrücklich nur auf Fall 2. Sie müssen jedoch auch für die anderen Fallgestaltungen gelten.

Ohne weitere Begründung, warum dieser Unterschied erheblich sein soll, lehnt er, wie im Ergebnis auch Hey[1], die Tatbestandsmäßigkeit eines derartigen Verhaltens ab. Anders entscheiden Knitschky[2], Olshausen[3] und Schröder[4], die in dem zur Diskussion stehenden Verhalten einen Verstoß gegen § 235 erblicken und damit von einer allzu engen Auslegung des "Entziehens" abrücken. Knitschky verweist zur Begründung seines Ergebnisses ausdrücklich auf den Zweck des § 235. Da die Vorschrift die Rechte desjenigen schütze, welchem die Gewalt über den Minderjährigen zustehe,[5] und dieser auch durch eine solche Tätigkeit der Einwirkung des elterlichen Aufsichtsrechts entzogen werde, nimmt er - richtigerweise - ein "Entziehen" an.

Zwar scheint auf den ersten Blick der Wortlaut des § 235, der die Strafbarkeit dessen festlegt, der "eine minderjährige Person ... ihren Eltern ... entzieht", für die Meinung von Hey und Villnow zu sprechen. Der Wortlaut ist jedoch nur ein schwaches Indiz für den Umfang des Gesetzesbefehls. Das zeigt sich beispielsweise im Bereich der Eigentumsdelikte. Hier ist anerkannt, daß der Tatbestand des § 249, der u.a. denjenigen erfaßt, der einem anderen gewaltsam eine Sache wegnimmt, auch dann vorliegt, wenn nicht die Sache dem Gewahrsamsinhaber, sondern umgekehrt der Gewahrsamsinhaber von der Sache entfernt wird. So macht sich nicht allein wegen Raubes strafbar, wer nachts auf einsamer Landstraße einem anderen mit vorgehaltener Pistole das Auto wegnimmt, sondern ebenso derjenige, der zunächst den Autobesitzer tötet und dann das Fahrzeug an sich nimmt. Die Begründung liegt darin, daß es im

---

1) S.35.
2) S.301.
3) § 235 Anm 2 b.
4) Schönke-Schröder § 235 Rdnr 5.
5) S.296.

Ergebnis keinen Unterschied bedeuten kann, a u f w e l c h e W e i s e in das zwischen Eigentümer und Sache bestehende Gewahrsamsverhältnis eingegriffen wird: In b e i d e n Fällen ist die ursprünglich vorhandene "Beziehung" des Eigentümers zu seiner Sache gestört.
Für die Übertragung dieses Gedankens auf die Ausgangsfälle spricht der Zweck des § 235. Da die Vorschrift ganz generell vor Eingriffen in das Personensorgerecht schützt, muß es auch in ihrem Bereich gleichgültig sein, von welcher Seite her in das elterliche Schutzverhältnis eingegriffen wird. Ob das Kind selbst aus dem elterlichen Obhutsverhältnis entfernt oder aber die Eltern u n m i t t e l b a r an der Ausübung ihres Sorgerechts gehindert werden, hat auf die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten denselben Einfluß: Diese sind ausgeschaltet, wenn die Eltern aus welchen Gründen auch immer ihre Befugnisse nicht mehr ausüben können. Deshalb macht sich nach § 235 strafbar, wer die Eltern für längere Zeit aus ihrem Hause weglockt, um dort mit der minderjährigen Tochter die der elterlichen Abreise folgenden Stunden voll auszukosten. Ebenso liegt ein "Entziehen" vor, wenn dem Berechtigten für eine längere Dauer verwehrt wird, den Aufenthaltsraum des Kindes zu betreten. Dabei kann auch nicht entscheiden, ob das Kind selbst zu den Eltern gelangen könnte. Jedenfalls sind die E l t e r n gehindert, ihre unmittelbare Gewalt über das Kind wieder auszuüben. Das ist der maßgebende Grund.[1] Eine andere Auffassung würde den Interessen der Sorgeberechtigten nicht gerecht.

---

1) Vgl auch Fichtl S.65; Nippgen S.55f.

7. Haben die bisherigen Erörterungen versucht, Kriterien dafür zu entwickeln, wann ein "Entziehen" vorliegt, so wurde indes die - schon früher[1] angeschnittene - Frage, welche Wirkung der Zustimmung der Personensorgerechtsinhaber mit dem Verhalten des Täters zukommt, im einzelnen noch nicht behandelt. Zu klären ist zunächst, ob die Erlaubnis der Sorgeberechtigten der Annahme eines "Entziehens" entgegensteht und ob neben jenen Personen auch Dritte in rechtlich erheblicher Weise einwilligen können. Außerdem sind die Probleme zu erörtern, die sich aus der Möglichkeit eines bedingten oder fehlerhaften Einverständnisses ergeben.

a. Welche strafrechtliche Bedeutung das Einverständnis der Eltern mit dem Handeln des Täters erlangt, ist nicht ganz zweifelsfrei. Häufig begnügt man sich im Schrifttum mit der Formulierung, § 235 werde durch ein Einverständnis ausgeschlossen oder aufgehoben.[2] In anderen Äußerungen wird dagegen klargestellt, ob dem Einverständnis tatbestands- oder rechtswidrigkeitsausschließende Wirkung zuzusprechen ist.[3] Praktische Auswirkungen zeitigt die Meinungsverschiedeheit dann, wenn man sich die unterschiedlichen Voraussetzungen und Konsequenzen vor Augen hält, die nach h.M. mit dem Tatbestandsausschluß einerseits und dem Rechtswidrigkeitsausschluß andererseits verknüpft sind. So genügt für den Tatbestandsausschluß nach allgemeiner Meinung bereits das objektive Vorliegen des Einverständnisses.

---

1) S.7ff.
2) Vgl Binding LB S.115/116; v. Buri GS Bd 27/517,524; Hälschner LB S.144; Merkel S.313.
3) So tritt z.B. Schröder - Schönke-Schröder § 235 Rdnr 1o - für einen Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit ein, während etwa Nippgen, S.37, annimmt, durch ein Einverständnis werde die Rechtswidrigkeit der Tat beseitigt. Diesen letzteren Standpunkt hat auch das RG in DR 1942/438 eingenommen.

Demgegenüber soll die rechtswidrigkeitsausschließende Wirkung - jedenfalls nach der allerdings sehr umstrittenen Ansicht Maurachs[1] - nur eintreten, wenn der Täter in Kenntnis der Einwilligung handelt. Bejaht man im Fall des § 235 eine tatbestandsausschließende Wirkung, so ist etwa derjenige, der die Billigung der Ferienreise mit der sechzehnjährigen Freundin durch deren Eltern nicht kennt, straflos. Dagegen kann er wegen vollendeten Muntbruchs zur Rechenschaft gezogen werden, erkennt man der Einwilligung nur Bedeutung für den Bereich der Rechtswidrigkeit zu.[2]

Stellt man sich auf letzteren Standpunkt, so ist ferner unklar, wie sich die Sittenwidrigkeit einer elterlichen Zustimmung auswirkt. Denn im Bereich rechtfertigender Einwilligung wird auf die Frage, ob § 226 a für alle Tatbestände oder doch für die Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter entsprechend gilt, keine einheitliche Antwort gegeben.[3] Demgemäß bliebe ein Zuhälter, der eine Fünfzehnjährige unter Billigung der Eltern von ihnen für längere Zeit fortführt, um das Mädchen mit den Gewohnheiten der "Branche" vertraut zu machen, nicht von vornherein wegen Muntbruchs straflos.[4]

---

1) AT § 25 V C 1. Ebenso etwa Geerds GA 1954/262,264, 266f, und Welzel LB § 14 I 3 b.

2) Wenn man etwa mit Geerds, Maurach und Welzel (vgl Fn 1) trotz objektiven Vorliegens einer rechtfertigenden Situation Vollendung bejaht. Die h.M. nimmt indes bei fehlender Kenntnis einer Einwilligung nur Versuch an, der im Fall des § 235 straflos ist. Vgl etwa Busch LK § 43 Rdnr 52; Jescheck § 34 V, § 31 IV 2; Lenckner S.192; Schönke-Schröder § 43 Rdnr 5o; § 51 Vorbem 46, 76; Wessels § 6 I 2, § 7 I 2 g.

3) Vgl die Nachweise bei Kientzy, S.97, und Schönke-Schröder, § 51 Vorbem 44.

4) Vgl etwa RG DR 1942/438, nach dem die Einwilligung der Eltern zu einem Mißbrauch des Minderjährigen, wie er in § 235 Abs. 3 der damaligen Fassung gekennzeichnet war, "aufs gröblichste dem Sittengesetz" widerspricht und von "keiner Rechtsordnung" als rechtswirksam anerkannt werden kann.

Besitzt hingegen die elterliche Zustimmung schon Tatbestandsrelevanz, so kommt es nach allgemeiner Ansicht auf den Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit nicht an, weil allein das tatsächliche Vorliegen einer Zustimmung schon den Tatbestand ausschließt.[1)]

Es mag dahinstehen, ob grundsätzlich an der gerade aufgezeigten, bislang noch herrschenden Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsausschluß einer Einwilligung festzuhalten ist oder ob man allgemein - wie es jüngst Kientzy[2)] und Zipf[3)] vorgeschlagen haben - nur eine, nämlich tatbestandsausschließende Wirkung der Zustimmung anzuerkennen hat. Denn gemessen an den von der h.M. für jene Unterscheidung gesetzten Maßstäben, die freilich, wie auch Maurach eingesteht,[4)] in ihren Einzelheiten noch weitgehend ungeklärt und umstritten sind, muß dem Einverständnis im Rahmen des § 235 eine Ausschlußwirkung gegenüber dem "Entziehen" und damit Tatbestandsrelevanz zuerkannt werden. Nach bisher noch herrschender Lehre entfällt nämlich auf Grund der Einwilligung bereits der Tatbestand, wenn eine Handlung ihren deliktischen Charakter gerade dadurch erhält, daß sie gegen den Willen des Betroffenen erfolgt.[5)] Wann dies der Fall ist, ergibt

---

1) Vgl Geerds GA 1954/262,268; Mayer LB S.166; Schönke-Schröder § 51 Vorbem 35; Schwarz S.138ff; Welzel LB § 14 VII 1 a. S. auch Heimann-Trosien LK § 235 Rdnr 2, § 234 Vorbem 4: Durch Einfügung des Antragserfordernisses (§ 238) könnte der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht haben, daß er dem Verletzten unter allen Umständen das Verfügungsrecht über das beeinträchtigte Rechtsgut zuerkennen wolle.
2) S.65ff.
3) S.28ff.
4) AT § 28 I 1 c.
5) Vgl Geerds S.264; Maurach aaO; Schönke-Schröder § 51 Vorbem 34.

sich teils aus der Formulierung des Gesetzes, teils aus der besonderen Natur des Tatbestandes.[1] Musterbeispiele für Delikte, bei denen ein tatbestandsausschließendes Einverständnis möglich ist, sind der Diebstahl und der Hausfriedensbruch, bei denen das Merkmal der "Wegnahme" bzw des "Eindringens" nicht vorliegt, wenn der Gewahrsams- bzw der Hausrechtsinhaber mit dem Verhalten des Täters einverstanden ist. Daß die Ähnlichkeit des "Entziehens" mit den genannten Beispielen die h.M.[2] zu Recht veranlaßt, dem Einverständnis im Rahmen des Muntbruchs eine tatbestandsausschließende Funktion zuzusprechen, ergibt sich aus dessen besonderer Natur. § 235 schützt vor "Eingriffen in die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Sorgerechts." Damit soll die allein den Eltern zustehende Befugnis, für das Wohl der Minderjährigen zu sorgen, gesichert werden. Von einer B e e i n t r ä c h t i g u n g ihrer Rechte kann indes keine Rede sein, wenn die Sorgeberechtigten mit dem Handeln des "Täters", etwa der Mitnahme des zehnjährigen Sohnes auf eine Auslandsfahrt, einverstanden sind. Denn es wird dann ein entgegenstehender Wille zur Gestaltung der Ferien des Sohnes gerade nicht überwunden. Ein Angriff auf das elterliche Bestimmungsrecht scheidet somit von vornherein aus.[3]

b. Schließt nach dem gerade Gesagten die Zustimmung mit der Handlung des Täters ein "Entziehen" aus, so gilt dies zunächst uneingeschränkt nur vom Einverständnis der Sorgeberechtigten. Die Frage ist, ob auch das Einverständnis Dritter, bei denen sich die Kinder befinden, diese Wirkung hat. Die Rechtsprechung hatte, soweit ersichtlich, im Rahmen des § 235 noch keinen Anlaß, das Problem zu behandeln. Aus einer Entscheidung des Reichsgerichts zu § 237 aF[4] lassen

---

1) So Schröders Formulierung.
2) Vgl etwa die Darstellung bei Kientzy S.22.
3) Lackner-Maassen § 235 Anm 5; Knitschky S.3o1f; Maurach BT § 16 II 5, Nachtrag S.11; Schönke-Schröder § 235 Rdnr 1o, § 51 Vorbem 34; Schwarz S.88f; Welzel LB § 43 IV 1; Wessels § 7 I 1.
4) RGSt 29/4o4.

sich jedoch wegen der Gleichartigkeit des in beiden Vorschriften geschützten Rechtsgutes Rückschlüsse ziehen auf die Haltung des Gerichts in der Beurteilung des Muntbruchs im Sinne des § 235. Es ging um folgenden Sachverhalt:

> Die Eltern hatten ihre minderjährige Tochter T zu deren Großmutter gebracht, um sie vor Zudringlichkeiten des Angeklagten zu bewahren. Dieser machte den Aufenthaltsort der T ausfindig. Es gelang ihm, mit ihr die Nacht in einem am selben Ort gelegenen Hotel zu verbringen.

Das Gericht bejahte einen Eingriff in das Sorgerecht und erörterte anschließend die Frage, ob eine Einwilligung der Großmutter zu dem Plan des Angeklagten die Zustimmung der Eltern des Mädchens ersetzt hätte. Der knappen Begründung zufolge - die zudem als obiter dictum aufzufassen ist, da t a t s ä c h l i c h ein Einverständnis der Großmutter nicht vorlag - wäre deren Zustimmung nach Auffassung des Reichsgerichts nur relevant geworden, wenn die Großmutter als S t e l l v e r t r e t e r der Eltern "auch in der nach § 237 StGB maßgebenden Beziehung " anzusehen gewesen wäre.[1] Die Übertragung einer derartigen Stellvertretung setzt nach Ansicht des Gerichts unter allen Umständen ihre zweifellose Bekundung voraus. Sie scheide jedenfalls aus, wenn sich das Mädchen lediglich "für gewisse Zeit" bei auswärts wohnenden Verwandten aufgehalten habe.

Diese Ausführungen haben zu Recht die Zustimmung des Schrifttums gefunden.[2] Denn sie belassen gerade in den Fällen eines Interessenkonfliktes zwischen dem "Vertreter" und den Sorgeberechtigten diesen das Wort darüber, ob ihre Erziehungsbefugnisse mit strafrechtlichen Mitteln gesichert werden sollen.

---

1) AaO S.41o.
2) Vgl etwa Heimann-Trosien LK § 235 Rdnr 1o; Mösl LK § 236 Rdnr 6; Schönke-Schröder § 236 Rdnr 7.

Wann allerdings die Sorgeberechtigten ihre Befugnisse tatsächlich auf einen Dritten übertragen haben, wird vom RG nicht ganz deutlich gesagt. Nähere Hinweise auf taugliche Abgrenzungskriterien gewinnt man indes, wenn man mit dem Gericht davon ausgeht, daß sich die Eltern grundsätzlich die u n m i t t e l b a r e Ausübung ihrer Erziehungsrechte vorbehalten. Eine Übertragung der Befugnisse an Dritte ist dementsprechend nur dann anzuerkennen, wenn diese - als faktische Träger des Sorgerechts - die Lebensführung des "Zöglings" und damit auch dessen geistige und sittliche Entwicklung zu überwachen und zu leiten haben. Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein Zehnjähriger von der Familie seines Onkels aufgenommen wird, der ihm eine seinen Fähigkeiten entsprechende Ausbildung ermöglichen will. Eine i.S. des § 235 erheblich Bestimmung können ferner auch die kinderlosen Eigentümer eines landwirtschaftlichen Betriebes vornehmen, die den Jungen mit Einwilligung des Vormundes zu sich auf den Hof holen, um ihn nach und nach auf seine künftige Rolle als Hoferbe vorzubereiten.

Die aufgezeigten Grundsätze haben u.U. auch dann zu gelten, wenn nur e i n Elternteil die Entfernung des Minderjährigen billigt. Da die Eltern gesamtvertretungsberechtigt sind, scheidet ein "Entziehen" aus, wenn der Einwilligende den Ehepartner berechtigterweise vertritt.[1)]

c. Dargetan ist bisher, daß eine - bedingungslose - Zustimmung der Sorgeberechtigten oder ihrer "Stellvertreter" mit der Handlung des Täters ein "Entziehen" ausschließt. Zu prüfen bleibt, ob § 235 auch dann entfällt, wenn der Täter

---

1) Vgl Schönke-Schröder § 235 Rdnr 11.

speziellen oder generellen Anweisungen der Eltern zuwiderhandelt, beispielsweise mit der sechzehnjährigen Freundin nicht an einem Jugendlager auf Fehmarn teilnimmt, sondern sie mit dem Hinweis, im Fall ihrer Ablehnung den Eltern Kenntnis von bisher unbekannten "Schandtaten" zu geben, zu einer Ferienfahrt zu zweit veranlaßt.

Fälle dieser Art werden in der Literatur nicht einheitlich beurteilt. Schröder[1] etwa verneint ein "Entziehen", da sich die Eltern mit der Herbeiführung der räumlichen Trennung einverstanden erklärt hätten. Weitere Anforderungen als die, daß sich das Einverständnis auf die räumliche Entfernung der Minderjährigen von den Sorgeberechtigten beziehe, seien nicht erforderlich. Demgegenüber meint Maurach[2], eine Einwilligung der Eltern zu Kulturveranstaltungen decke n i c h t o h n e w e i t e r e s[3] den Besuch einer Tanzdiele oder Bar, noch viel weniger die zweckentfremdende Fortsetzung des Abends in der Wohnung des Täters. Abgrenzungskriterien, in welchem Umfang die spezifizierte Zustimmung des Sorgeberechtigten andere Verhaltensweisen umfaßt oder ausschließt, gibt Maurach indes nicht.

Konkrete Unterscheidungsmerkmale lassen sich nur unter Rückbesinnung auf das Schutzobjekt des Muntbruchs gewinnen. Da § 235 neben der tatsächlichen auch die potentielle Ausübung des Sorgerechts vor wesentlichen Beeinträchtigungen schützt, kann das Einverständnis der Eltern damit, daß Tochter und Freund einen bestimmten Ort aufsuchen, ein "Entziehen" nur ausschließen, falls in dieser Erlaubnis ein zumindest zeitweiliger Verzicht auf die tatsächliche und potentielle Ausübung der entsprechenden Befugnisse liegt. Das ist aber allein dann der Fall, wenn sich die O r t e , an die der Täter die Minderjährigen bringen darf, a u ß e r -

---

1) Schönke-Schröder § 235 Rdnr 1o.
2) Nachtrag S.1o.
3) Hervorhebung nicht im Original.

halb des Bereichs elterlicher Einwirkungsmöglichkeiten befinden. Denn nur dann haben sich die Sorgeberechtigten jedweder Ausübungsmöglichkeit ihrer Aufsichtsrechte begeben. Sie können unter solchen Umständen keinen Schutz mehr genießen, weil Vorgänge außerhalb ihres Machtbereichs den in ihrer Zustimmung liegenden Verzicht auf Respektierung des Sorgerechts nicht wieder beseitigen.[1] Man denke etwa daran, daß die Eltern ihrer siebzehnjährigen Tochter T erlauben, mit einem Freund F an einer vierzehntägigen Gruppenwanderung durch Finnland teilzunehmen, F indes T durch die Drohung, sich andernfalls von ihr zurückzuziehen, dafür "gewinnt", mit ihm in der fraglichen Zeit an die Riviera zu reisen. Nach den vorhergehenden Ausführungen ist F's Verhalten nur dann als "Entziehen" zu bewerten, wenn die Erlaubnis der Eltern zur Fahrt nach Finnland nicht einen zeitweiligen Verzicht auf die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Aufsichtsrechts bedeutet. Ob ein solcher Verzicht der Sorgeberechtigten vorliegt, muß an Hand aller Umstände des jeweiligen Falles entschieden werden. Dabei dürfte hier ausschlaggebend sein, ob die Gruppe in Finnland zu bestimmten Zeiten bestimmte Orte aufsuchen wollte, so daß u.U. die Möglichkeit bestand, die Reise zu überwachen. Wäre dies nicht möglich gewesen, weil die Reisegesellschaft etwa ohne festes Ziel und Programm durch das "Land der tausend Seen" zu wandern beabsichtigte, so hätten die Eltern sich während der zwei Wochen nicht vom Tun und Lassen ihrer Tochter unterrichten können. Praktisch alle Kontroll- und Überwachungsmöglichkeiten wären dann ausgeschaltet gewesen. Mit ihrer Zustimmung zu einer derartigen Fahrt hätten sich daher die Eltern der Ausübbarkeit des Sorgerechts über T begeben mit der Folge, daß in der auf F's Vorschlag hin unternommenen Fahrt an die Riviera kein "Entziehen" liegt.

---

1) Vgl oben S.91.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man indes, falls sich die Orte, die aufzusuchen die Eltern erlauben, in ihrem Einflußbereich befinden. Dann nämlich bleibt es den "Schutzherren" unbenommen, sich vom Wohlergehen der Minderjährigen zu überzeugen, ihren Umgang zu kontrollieren und eventuell notwendige Maßnahmen zu treffen. Man erinnere sich an das Ausgangsbeispiel, in dem die Eltern der Tochter die Teilnahme an dem Jugendlager auf Fehmarn gestatteten, der Freund das Mädchen jedoch zu einer Urlaubsfahrt zu zweit nötigt, Würde man hier, wie Schröder, ein "Entziehen" schon deswegen ausschließen, weil die Eltern mit der Herbeiführung der räumlichen Trennung einverstanden sind, so bliebe unberücksichtigt, daß sich ja die Tochter auf Fehmarn - anders als im Fall der Fahrt nach Finnland - trotz der räumlichen Entfernung nach wie vor im Einflußbereich der Eltern bewegen würde: Da ihnen der Aufenthaltsort der Minderjährigen bekannt wäre, könnten die Sorgeberechtigten hier - etwa durch regelmäßige telefonische Rücksprachen - ihre Aufsichtsrechte wahrnehmen, wenn sie nur wollten. D e s w e g e n "entzieht" der Freund die Minderjährige, wenn er dem Lagerleben auf Fehmarn die Ferienfahrt mit ihr vorzieht.

Es kommt damit im E r g e b n i s für ein "Entziehen" darauf an, ob der Ort, den zu besuchen die Eltern gestatten, noch in ihrem Einflußbereich liegt. Kann diese Frage bejaht werden, so "entzieht" den Minderjährigen, wer ihn für längere Zeit an einen Ort bringt, an dem keine elterliche Einwirkungsmöglichkeit besteht. Liegt hingegen der Ort, den der Täter mit dem Minderjährigen zulässigerweise aufsuchen dürfte, außerhalb des elterlichen Machtbereichs, so wird die Tathandlung des § 235 auch dann nicht verwirklicht, wenn der "Täter" den Minderjährigen für einige Zeit an einen anderen Ort mitnimmt.

d. Problematisch in den Auswirkungen kann ferner ein f e h l e r h a f t e s Einverständnis des Erziehungsberechtigten werden. Zu denken ist etwa daran, daß der Inhaber eines "Tingeltangels" durch Anwendung von Gewalt, mittels Drohungen oder infolge Täuschung über seine Absichten die Eltern einer Siebzehnjährigen dazu bringt, ihm die "Ausbildung" des Mädchens zur Animierdame anzuvertrauen.
Ein vorläufiger Blick über die möglichen Fehlerquellen macht bereits erkennbar, daß eine für alle Mängel einheitliche Lösung ausscheiden dürfte. Differenzierungen nach der Art der fehlerhaften Ursache werden daher unvermeidbar sein. Bei der Suche nach brauchbaren Abgrenzungskriterien wird man kaum Hilfe bei Tatbeständen finden, die ebenfalls ein Einverständnis enthalten, bieten doch die dort vorgeschlagenen Lösungen selbst kein klares Bild. Wird etwa die Frage, ob ein erschlichenes Einverständnis strafrechtlich relevant ist, für das Merkmal der "Wegnahme" (§ 242) bejaht,[1] so ist die Antwort im Bereich des § 123 zweifelhaft: Nach Schröders Meinung[2] muß hier dasselbe wie bei § 242 gelten, so daß die erschlichene Erlaubnis des Hausrechtsinhabers ein "Eindringen" entfallen läßt. Demgegenüber haben sich beispielsweise das Reichsgericht[3] sowie Dreher[4] auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. In ihren Augen kann nur die fehlerfreie Einwilligung des Wohnungsinhabers ein "Eindringen" ausschließen. Sie vertreten damit für § 123 im Ergebnis die Lösung, die nach allgemeiner Ansicht[5] auch für § 142 gilt. Hier haben der Verzicht des Feststellungsinteressenten auf Feststellungen und damit seine Einwilligung, daß sich der Unfallverursacher vom Unfallort entfernt, nur Bedeutung, wenn sie nicht

---

1) Vgl Geerds GA 1954/268f.
2) Schönke-Schröder § 123 Rdnr 14b.
3) GA Bd 47/284.
4) § 123 Anm 3 A b.
5) Vgl etwa Schönke-Schröder § 142 Rdnr 36.

erschlichen sind.
Bestehen damit Differenzen in der Beurteilung verschiedener, durch ein Einverständnis grundsätzlich ausgeschlossener Tatbestände, so dürfte es auch für § 235 nicht zu sachgerechten Ergebnissen führen, über ein "Entziehen" unbesehen Kriterien entscheiden zu lassen, die zu anderen Bestimmungen entwickelt worden sind. Eine Lösung läßt sich nur aus Sinn und Reichweite des mit § 235 angestrebten Rechtsgüterschutzes gewinnen.[1)]

aa. Ist die elterliche Zustimmung mit der Handlung des Täters durch Zwang hervorgerufen, so müßte sie - falls man Geerds' allgemeine Ausführungen[2)] zur Wirksamkeit eines Einverständnisses auf den Fall des § 235 überträgt - gleichwohl beachtlich sein. Wer beispielsweise die Sorgeberechtigten solange prügelt, bis sie der Beschäftigung der siebzehnjährigen Tochter als Nackttänzerin in seinem ausländischen Etablissement zustimmen, würde demnach die Minderjährige nicht "entziehen". Geerds führt seine grundsätzliche Beurteilung eines erzwungenen Einverständnisses auf die von ihm getroffene Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis zurück. Diese dogmatische Trennung veranlaßt ihn anscheinend, beim Einverständnis nur auf den tatsächlich vorhandenen Willen abzustellen, jedenfalls dann, wenn das durch Zwang bewirkte Einverständnis, wie im Beispielsfall, vor Beginn der Tatausführung liegt.
Die von Geerds befürwortete Lösung schenkt indes dem hohen Grad der Beeinflussung, durch den jene Entscheidung der Eltern erst ermöglicht wurde, nicht die gebührende Beachtung. Sie läßt unberücksichtigt, daß der Rechtsgutsverzicht nicht der Entscheidungsfreiheit der Erziehungsberechtigten

---

1) So auch Zipf S.16 (für den Fall des § 123).
2) S.269.

entspringt. Dieser Umstand schließt jedoch aus, die durch Gewalt erreichte Zustimmung den Eltern zuzurechnen,[1] so daß sich im Ausgangsbeispiel der Inhaber des Etablissements wegen Muntbruchs strafbar gemacht hat.

bb. Ähnlich wie eine gewaltsam herbeigeführte Zustimmung hält Geerds[2] aus den gerade genannten Gründen auch die durch D r o h u n g erzwungene für voll wirksam. Demgemäß würde derjenige nicht die fünfzehnjährige Tochter „entziehen", der ihre Eltern mit dem Hinweis, andernfalls kompromittierende Briefe zu veröffentlichen, dazu zwingt, den Reiseplänen der jungen Leute „den Segen zu erteilen". Diesem Ergebnis stehen indes auch hier die schon zuvor[3] angeführten Bedenken entgegen, daß ein f r e i e r Entschluß der Eltern zur Duldung von Eingriffen in ihr Sorgerecht gerade nicht vorhanden ist und deshalb der Rechtsgutsverzicht den Sorgeberechtigten ebenfalls nicht zugerechnet werden kann. Folglich muß im Beispielsfall, in dem die Drohung den von § 24o erfaßten Grad erreicht, ein „Entziehen" angenommen werden.
Ob diese Ansicht allerdings auch dann zutrifft, wenn die elterliche Zustimmung nicht durch eine besonders intensive Drohung herbeigeführt worden ist, kann zweifelhaft sein. Folgendes Beispiel mag als Ausgangspunkt der Erörterung dienen:

> Der Arbeitgeber A droht dem bei ihm beschäftigten Witwer W die Kündigung des Arbeitsverhältnisses an, wenn er nicht seiner fünfzehnjährigen Tochter T erlaubt, mit ihm A, auf Reisen zu gehen. W stimmt dem Vorhaben zu, obwohl er von einer eventuellen Kündigung keine+Nachteile zu befürchten hätte. Er würde, im Vollbesitz seiner Kräfte, auf Grund seiner Ausbildung und Erfahrung sofort eine besser bezahlte neue Arbeitsstelle finden. + finanziellen

---

1) So auch Zipf, S.44
2) Aa0.
3) Vgl S. 98/99.

In den Fällen, in denen, wie hier, der Täter die Sorgeberechtigten nicht mit einem „empfindlichen Übel" bedroht, weil eine derartige Drohung nur gegeben ist, wenn eine erhebliche Einbuße an Werten zu besorgen und der drohende Verlust geeignet ist, einen b e s o n n e n e n Menschen zu dem mit der Drohung erstrebten Verhaltens zu bestimmen,[1] hält Arzt[2] das Einverständnis für wirksam. Da § 24o die Willensfreiheit nur gegen massive Einwirkungen schütze, sei es problematisch, diesen Schutz für den Fall einer abgenötigten Zustimmung vorzuverlagern[3]. Für das Verlangen nach einer qualifizierten Drohung spreche zudem, daß der Rechtsgutträger mit dem Verfügungsrecht auch die Verantwortung für das Rechtsgut besitze. Gebe er schon angesichts einer schwachen Drohung nach, sei ihm der Schutz des Rechtsguts nicht sehr wichtig.

Das von Arzt vorgeschlagene Ergebnis, auch in Fällen dieser Art von „einer eigenverantwortlichen Preisgabe des Rechtsguts" und damit von einer wirksamen Zustimmung des „Opfers" zu sprechen, vermag indes der Hinweis auf den Nötigungstatbestand nicht zu stützen. Denn im Gegensatz zu § 24o, der als Nötigungsmittel ausdrücklich die Drohung mit einem empfindlichen Übel vorsieht, läßt der Kindesraub j e d e Art von Drohung genügen. Indes wäre es voreilig, die Lösung des hier zu klärenden Problems allein an den unterschiedlichen Wortfassungen von Muntbruch und Nötigung auszurichten. § 235 fordert nämlich keineswegs, daß gegenüber a l l e n möglichen Adressaten einer Drohung diese von einem und demselben Gewicht sein muß. Da es hier um die

---

1) So Schröders Formulierung, Schönke-Schröder § 24o Rdnr 9. Demgegenüber treten Kohlrausch-Lange, § 24o Anm IV 2, für einen i n d i v i d u e l l e n Beurteilungsmaßstab ein.
Dabei übersehen sie indes, daß der Begriff der Empfindlichkeit dazu dienen sollte, die ungewöhnlichen Reaktionen eines Überängstlichen auszuschalten.

2) S.33.

3) Vgl auch § 196 E 1962 nebst Begründung,S.351.Als Tatmittel wird hier ausdrücklich die „Drohung mit einem empfindlichen Übel" gefordert.

Frage geht, wann der Wille des R e c h t s g u t t r ä - g e r s ein „Entziehen" ausschließt, ist es grundsätzlich möglich, zwar in Richtung auf den Minderjährigen oder einen Dritten jegliche Form der Drohung ausreichen zu lassen, gegenüber dem geschützten Sorgeberechtigten selbst jedoch eine qualifizierte Bedrohung zu fordern.
Für diese Differenzierung sprechen Sinn und Zweck des Sorgerechts: Die Sorgerechtsinhaber haben bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe, von den Minderjährigen konkrete Gefahren abzuwenden, das alleinige Bestimmungsrecht über deren Erziehung und Umgang. Folglich kann bei einer e i g e n - v e r a n t w o r t l i c h e n Preisgabe ihrer Befugnisse von einem Einbruch in ihre Rechte, d.h. von einem „Entziehen", keine Rede sein. Eine solche Entscheidung der Eltern liegt aber nicht nur dann vor, wenn sie frei von jeder äußeren Beeinflussung getroffen worden ist. Die Hinnahme eines Eingriffs in die eigene Rechtsstellung kann auch dann noch voll den Eltern zugerechnet werden, wenn der Druck, dem sie sich beugen, nur relativ schwach ist. Denn auch in diesem Fall weichen sie letztlich nicht dem von außen kommenden unlauteren Einfluß, sondern leisten letzten Endes aus Rücksicht auf eigene Belange - sei es aus Trägheit und Bequemlichkeit, sei es aus allzu großer Unbeholfenheit - keinen Widerstand, obwohl die zumutbare Beachtung des Kindeswohls eine energischere und entschiedenere Haltung erfordert. Ihnen ist daher die unter den bezeichneten Umständen erteilte Zustimmung mit dem Handeln des Täters „anzulasten", so daß im Beispielsfall, in dem der alleinsorgeberechtigte Vater dem Ansinnen des Arbeitgebers ohne z w i n g e n d e n Grund nachgibt, ein „Entziehen" entfällt.

cc. Wie die vorhergehenden Erörterungen beweisen, wird die Problematik der Frage, ob das mittels Drohung oder Gewalt abgenötigte Einverständnis wirksam ist, weitgehend gesehen. Die nicht minder wichtige Frage nach der Wirkung eines vom Täter e r s c h l i c h e n e n Einverständnisses ist indes

in ihrer vollen Tragweite noch immer nicht erfaßt worden. Folgende Fälle mögen die dabei sich ergebende Problematik veranschaulichen:

(1) F veranlaßt die Eltern der fünfzehnjährigen T, ihr den Besuch einer Vorstellung im städtischen Theater zu gestatten. Von Anfang an war es jedoch seine Absicht, mit T sofort zu einem Wochenendausflug nach Holland zu fahren.

(2) A gewinnt die Erlaubnis der Eltern des dreizehnjährigen S, ihn auf eine längere Auslandsreise mitzunehmen. Tatsächlich hat A vor, den geschickten und aufgeschlossenen S in einer weit entfernten Großstadt als „Lehrling" in einer Diebstahlsbande einzustellen.

(3) Auf G's nicht ernst gemeintes Versprechen hin, sie prozentual an der Beute zu beteiligen, erlauben die Eltern eines Siebzehnjährigen, daß er mit G zu einer mehrmonatigen Diebstahlstour aufbricht.

Während Geerds sich mit seiner Ansicht, auch das durch Gewalt oder Drohung herbeigeführte Einverständnis schließe grundsätzlich den Tatbestand aus, nicht durchsetzen konnte, ist ihm die h.M.[1] jedenfalls darin gefolgt, daß einem erschlichenen Einverständnis tatbestandsbeseitigende Kraft beizumessen sei. Gegenüber dieser Ansicht, die anscheinend alle denkbaren Fälle eines Einverständnisses gleichbehandelt, haben sich gerade in jüngster Zeit Stimmen erhoben, die für differenzierende Lösungen eintreten. So hält zwar auch Schröder in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung das auf Täuschung beruhende Einverständnis für voll wirksam mit der Folge, daß der Tatbestand ausgeschlossen werde.[2] Jedoch macht er von diesem Grundsatz für solche Bestimmungen eine Ausnahme, die, wie § 235, auch listiges Handeln erfassen.[3]

Es ist jedoch sehr die Frage, ob es wirklich sachgerecht ist, die Entscheidung derart stark am Wortlaut der jeweiligen Vorschrift auszurichten. Zweifel an der Richtigkeit dieses Weges stellen sich sofort ein, wenn man sich Schrö-

---

1) Vgl etwa Jescheck § 34 I 2; Noll S.64; Schmidhäuser AT 8/133f; Wessels AT § 7 I 1.
2) § 51 Vorbem 35 b.
3) So für den Muntbruch auch RGDR 1942/428, BGHSt 1/199, 2oo; 1/364, 366; Dreher § 235 Anm. 2; Maurach BT § 16 II 2, Nachtrag S.11.

ders Stellungnahme zu der Frage vor Augen hält, ob auch der erschlichene Verzicht des Unfallverletzten auf Feststellungen den Tatbestand des § 142 ausschließen kann. Da diese Vorschrift das Mittel der List nicht anführt, müßte Schröder auch hier konsequenterweise den Tatbestand entfallen lassen. Deshalb überrascht seine Auffassung, § 142 sei auch in einem solchen Fall anwendbar. Daß sich von daher Bedenken ergeben, im umgekehrten Fall des Muntbruchs ein erschlichenes Einverständnis g e n e r e l l nicht zu beachten, liegt auf der Hand. Es drängt sich vielmehr die Vermutung auf, daß sich taugliche Abgrenzungskriterien nicht gewinnen lassen, indem man die Grenzlinien z w i s c h e n den verschiedenen Tatbeständen zieht, etwa a l l e Fallgestaltungen der e i n e n Vorschrift über den einen, diejenigen der a n d e r e n Bestimmung über den zweiten Kamm schert. Daß es auch i n n e r h a l b ein und d e r s e l b e n N o r m verschiedene Wege geben muß, das Problem der erschlichenen Zustimmung zu bewältigen, zeigen die angeführten Beispiele zur Genüge. Ihre hier vorgeschlagene differenzierende Lösung orientiert sich dabei- in Anknüpfung an frühere Ausführungen zur bedingten Zustimmung[1] - allein am Schutzobjekt des Muntbruchs. Daher kommt es für die Entscheidung über ein „Entziehen" maßgeblich darauf an, ob die Sorgeberechtigten trotz der Täuschung erkennen, daß die gebilligte Aktion einen wesentlichen Eingriff in ihre Befugnisse bedeutet. Ist dies der Fall, muß angesichts des nur geringen Grades der Willensbeeinflussung - und deshalb anders als in den zuvor erörterten Fällen des mittels Gewalt oder einer qualifizierten Drohung abgepreßten Einverständnisses - ein „Entziehen" ausscheiden. Nur wenn den Gewalthabern der schwerwiegende Einbruch in ihre Rechte durch das Verhalten des Täters verborgen wird, handelt es sich um eine das Rechtsgut des § 235 betreffende Täuschung mit der Folge, daß die Tathandlung des Muntbruchs

---

1) S.93ff.

zu bejahen ist.[1)]

Dementsprechend vermag im ersten Beispiel das durch die Täuschung des - Tathandlung - statt ins Theater nach Holland führenden - F erlangte Einverständnis ein „Entziehen" nicht zu beseitigen. Den Eltern bleibt nämlich verborgen, daß ihre Betreuungsmöglichkeiten durch die Wochenendfahrt wesentlich beeinträchtigt werden.[2)] Über diesen Fall hinaus bejaht die h.M.[3)] ein „Entziehen" auch dann, falls den Eltern - wie in Beispiel 2 - zwar der Eingriff in ihre Rechte bekannt ist, sie jedoch nicht über die vom Täter verfolgten Zwecke ins Bild gesetzt werden. Dieses Ergebnis soll anscheinend unabhängig davon sein, ob den Eltern überhaupt möglich wäre, die Auslandsreise des Sohnes zu verhindern. Daß dieser Gesichtspunkt indes nicht vernachlässigt werden darf, wurde bereits früher näher dargelegt.[4)] Danach kommt es für die Beurteilung von A's Verhalten darauf an, ob der Ort, an den die Reise den Minderjährigen führen soll, innerhalb oder außerhalb des elterlichen Schutzbereiches liegt. Im einen Fall macht sich A, wenn er von der „erlaubten Route" abweicht, eines Muntbruchs schuldig, im anderen Fall kann er wegen § 235 nicht belangt werden.
Diese Ausführungen zeichnen bereits die Lösung des letzten Falles vor. Hier ist den Eltern bekannt, daß die Zustimmung zu der Diebstahlstour einen zeitweiligen Verzicht auf die tatsächliche und möglicherweise auch potentielle Ausübung des Sorgerechts bedeutet. An dieser vollen Kenntnis der Tragweite des von G beabsichtigten Unternehmens ändert dessen angebliches Zahlungsversprechen nichts. Folglich muß ein „Entziehen" ausscheiden.

Die vorstehenden Erörterungen machen damit deutlich, daß eine streng rechtsgutbezogene Beurteilung des vom Täter erschlichenen Einverständnis immer dann zum Ausschluß des „Entziehens" führt, wenn den Sorgeberechtigten der wesent-

---

1) Vgl Arzt S.19ff; Kientzy S.1o3 ff;Zipf S.28ff.
2) So im Ergebnis auch Fichtl,S.48 und Knitschky,S.3o2.
3) Vgl RG DR 1942/438; BGHSt 1/199,2oo;Dreher § 235 Anm 2; Maurach,Nachtrag S.11;Schönke-Schröder § 235 Rdnr 1o; Welzel LB § 43 IV 1.
4) Oben S.94 ff.

liche Eingriff in ihre Befugnisse nicht verborgen bleibt.

dd. Dargelegt wurde bisher, wie Manipulationen zu bewerten sind, die vom Täter selbst vorgenommen werden, um die Entschlußfreiheit der Sorgeberechtigtem zu beeinträchtigen. Noch unbeantwortet blieb indes die Frage, ob die soeben aufgezeigten Grundsätze auch dann zu gelten haben, wenn nicht der Täter, sondern ein zwar auf eigene Faust, aber zugunsten des eigentlichen Täters handelnder D r i t t e r in entsprechender Weise die Erziehungsberechtigten beeinflußt. „Entzieht" beispielsweise der Nachbarssohn seine siebzehnjährige Freundin, wenn er mit ihr nach Paris fährt, die Zustimmung der Eltern des Mädchens aber dadurch herbeigeführt worden ist, daß der Vormund des Jungen ohne dessen Wissen die Nachbarsfamilie solange prügelte, bis sie notgedrungen in jene Fahrt einwilligte?
Bei der Beurteilung von Fällen dieser Art ist zunächst sicher, daß sich der V o r m u n d selbst nicht auf die durch die Gewaltanwendung erlangte Zustimmung berufen und daß jedenfalls e r u.a. wegen Muntbruchs in mittelbarer Täterschaft zur Verantwortung gezogen werden könnte. Was aber den jugendlichen R e i s e b e g l e i t e r angeht, so bleibt er im Ergebnis straflos. Fraglich ist allein, ob das Einverständnis der Eltern des Mädchens ihm gegenüber wirksam ist mit der Folge, daß schon ein „Entziehen" entfällt, oder ob ihm nur ein Irrtum über die Rechtserheblichkeit der Zustimmung zugute kommt.[1] Praktische Bedeutung erlangt diese Frage vor allem dann, wenn der Jugendliche zur Durchführung seiner Reisepläne die Hilfe eines Bekannten gewinnt, der einerseits die Manipulationen des Vormundes nicht kennt, andererseits davon ausgeht, daß die Eltern des Mädchens die Fahrt nicht erlaubt haben:Nimmt man bei einer nicht vom Täter, sondern von einem Dritten erfolgten, dem Täter unbekannt bleibenden Gewaltanwendung Unwirksamkeit des Einverständnisses an, liegt eine "mit

---

1) Vgl auch Zipf, S.46, der das Problem jedoch ausführlich nur im Rahmen einer T ä u s c h u n g durch Dritte behandelt.

Strafe bedrohte Handlung" im Sinne des § 49 aF vor und der Bekannte könnte wegen Beihilfe zum Muntbruch zur Rechenschaft gezogen werden.[1)]

Die Lösung dieser „Dreiecksfälle" hängt entscheidend davon ab, ob für den Empfänger eines Einverständnisses dieses objektiv aus seinem Erklärungssinn heraus maßgebend ist oder ob es auch gegenüber dem Empfänger für die Wirksamkeit des Einverständnisses allein auf den inneren Dispositionsakt der Sorgeberechtigten ankommt, der im Beispielsfall bekanntlich fehlerhaft ist.[2)]

In seiner eingehenden Auseinandersetzung mit dieser Problematik weist Zipf darauf hin,[3)] daß die Frage zunächst darauf hinauslaufe, ob die Zustimmung bereits mit dem bloßen gedanklichen Dispositionsakt wirksam werde oder ob es dazu einer Erklärung nach außen bedürfe. Begnüge man sich mit dem bloßen Dispositionsakt, so sei nur der wahre innere Wille des Verzichtenden maßgebend. Dieser innere Wille sei indes schwer faßbar, da man ganz auf die praktisch nicht kontrollierbare Aussage des Einwilligenden angewiesen sei. Dieser Umstand lege aber begründete Zweifel daran nahe, ob es sich dabei um eine für die Rechtsordnung brauchbare Lösung handele.Fordere man demgegenüber eine Manifestation des Dispositionsaktes in der Außenwelt, so sei man nicht darauf angewiesen, auf den relativ unsicher zu ermittelnden inneren Willen des Verfügenden abzustellen, sondern könne den äußeren, objektiv faßbaren Erklärungssinn des Einverständnisses heranziehen.

Wer allerdings nun meint, Zipf ziehe aus diesen Überlegungen die Folgerung, die dem Täter unbekannt bleibenden Manipulationen eines Dritten seien schlechthin unbeachtlich, gleichgültig, ob die elterliche Zustimmung a b g e n ö t i g t oder a b g e l i s t e t worden ist, sieht sich getäuscht: Zipf bejaht nämlich lediglich im Falle einer D r i t t t ä u s c h u n g die tatbestandsausschließende Wirkung

---

1) Vgl zu dieser Frage statt aller Jescheck S.499.
2) Vgl Zipf aaO.
3) S.47f.

eines Einverständnisses.[1] Greift indes der Dritte auf die Mittel der Gewalt oder Drohung zurück, so soll Anknüpfungspunkt für die Entscheidung nicht die Manifestation der Verzichtserklärung sein, sondern vielmehr der innere Dispositionsakt. Damit aber wird für wichtige Bereiche die Aussage, für den Empfänger des Einverständnisses sei nur dessen objektiver Erklärungssinn maßgebend, eingeschränkt. Daß in diesen letzteren Fällen die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs nach Klarheit zurückzutreten haben und folglich allein auf den inneren Willen des Zustimmenden abzustellen ist, dürfte angesichts des hohen Grades der Beeinflussung überzeugen. Schätzt man aber hier die praktischen Schwierigkeiten, den tatsächlichen Willen der Erziehungsberechtigten festzustellen, nicht als unüberwindlich ein, so kann im Fall der Drittäuschung nichts anderes gelten. Dafür, daß auch dann nur der innere Wille der Eltern den Ausschlag gibt, spricht letztlich der Umstand, daß die Sorgeberechtigten in a l l e n angeführten Situationen in der Wahrnehmung ihrer Rechte beeinträchtigt sind. Kommt es demnach für die Frage der Wirksamkeit eines Einverständnisses nicht darauf an, wie der Empfänger es verstehen und überschauen kann, sondern ist allein der innere Dispositionsakt der Sorgeberechtigten Richtschnur der Entscheidung,[2] so „entzieht" der Jugendliche im Beispielsfall seine Freundin, obwohl er nichts davon weiß, daß die Zustimmung der Eltern der Siebzehnjährigen von seinem Vormund erzwungen worden ist.

ee. Die Erkenntnis, daß Drittmanipulationen nach denselben Grundsätzen zu beurteilen sind wie vom Täter selbst ausgehende Beeinträchtigungen der elterlichen Willensfreiheit, legt bereits den Grundstein zur Beantwortung der Frage, ob ein I r r t u m der Eltern ihr Einverständnis unbeachtlich macht. Nach dem eben Gesagten dürfte kein Zweifel daran bestehen, daß auch hier die Willensrichtungstheorie Platz greift.[3] Demnach wird ein Kinderraub nicht begangen,

---

1) Vgl einerseits S.44 und andererseits S.45f.
2) So im Ergebnis auch Noll S.13o und Schönke-Schröder § 51 Vorb 35a.
3) So auch die überwiegende Meinung, vgl etwa Geerds GA 1954 262,266 und Schönke-Schröder aaO.

wenn dem Handeln des Täters t a t s ä c h l i c h ein Wille der Erziehungsberechtigten nicht entgegensteht. Folglich kann im Fall des E r k l ä r u n g s i r r t u m s des sich etwa versprechenden Personensorgeberechtigten dessen Einverständnis ein "Entziehen" nicht ausschließen, weil ein Eingriff in das Sorgerecht gerade nicht hingenommen würde. Entsprechendes hat bei einem I n h a l t s i r r t u m zu gelten. Stimmen die Eltern beispielsweise den Reiseplänen ihrer Tochter zu, irren sie sich jedoch über das Reiseziel, weil sie annehmen, die Fahrt würde die Tochter zwar an einen entfernten Ort, aber immerhin in das Haus von Verwandten führen, denen sie entsprechende Instruktionen zu geben beabsichtigen, würde der Reisebegleiter die Minderjährige "entziehen". Zwar bezieht sich das elterliche Einverständnis seinem objektiven Erklärungssinn nach auf die geplante und tatsächlich ausgeführte Reise. Einer d e r a r t i g e n Fahrt wollten die Sorgeberechtigten indes nicht zustimmen. Nach ihrer Vorstellung glaubten sie lediglich, eine Reise zu genehmigen, die die Tochter nach wie vor im Bereich der potentiellen Ausübung ihrer Rechte beließ.[1] Dieser Zwiespalt von erklärtem und wahrem Willen muß auch hier dazu führen, ein wirksames Einverständnis zu verneinen und damit tatbestandsmäßig ein "Entziehen" zu bejahen.

e. Versucht man am Ende der Ausführungen zum Einverständnis ihr Resümee zu ziehen, so läßt sich der Kern des vorstehenden Kapitels wie folgt zusammenfassen: Die Sorgeberechtigten (und in Ausnahmefällen ihre "Vertreter") vermögen durch ihr Einverständnis nur dann ein "Entziehen" auszuschließen, wenn sie den Einbruch in ihre Rechte kennen und wollen. Andernfalls liegt ein "Muntbruch" vor. Ausnahmen von diesem Grundsatz können auch zugunsten eines "gutgläubigen" Täters nicht gemacht werden.

---

1) S. oben S.24ff.

8. Nach § 235 werden Eingriffe in die Ausübbarkeit des Sorgerechts nur erfaßt, wenn sie ein Außenstehender vornimmt. Im Gegensatz zu diesen F r e m d entziehungen bleiben Störungen des elterlichen Gewaltverhältnisses durch S e l b s t entziehungen - wie etwa durch eine Flucht des Minderjährigen aus dem Elternhaus - außerhalb des strafbaren Bereichs.[1] Sie sind nicht tatbestandsmäßig. Diese Regelung fußt auf der Überlegung, daß es mit der reflexmäßigen Begünstigung, die § 235 den Minderjährigen gewährt, nicht zu vereinbaren wäre, könnten diese als Allein- oder Mittäter belangt werden.

So klar dieser Ausgangspunkt ist, so ist mit ihm doch für die Beurteilung jener Fälle nicht viel gewonnen, in denen Außenstehender und Minderjähriger zur Herbeiführung eines Eingriffs in das Sorgerecht zusammenwirken. Die dabei auftauchenden Abgrenzungsprobleme zeigen sich etwa an folgendem Beispiel:

> Die sechzehnjährige sehr streng erzogene T hat schon seit langem den Plan gefaßt, das Elternhaus zu verlassen. Zur Verwirklichung ihres Vorhabens gewinnt sie die Hilfe von A, der sie mit dem Auto nach Frankfurt bringt, wo T eine neue Stelle annehmen will. Solange sie noch nichts verdient, wird sie von B aufgenommen, der ihr schon vor einiger Zeit ein entsprechendes Angebot unterbreitet hat.

Ob in Fällen dieser Art die Minderjährige ihren Eltern "entzogen" worden ist, ist sehr zweifelhaft. Denn die von A und B gewährte Unterstützung könnte auch als straflose "Teilnahme" an einer Selbstentziehung zu bewerten sein. Lediglich einmal hatte sich das RG mit diesem Problemkreis zu befassen. Es mußte einen Fall[2] entscheiden, in dem es

---

1) So auch RGSt 18/273; Bendix JW 1924/3o6; Binding LB S. 116; Fichtl S.38,67; Gerland S.525; Hey S.26; Kohlhaas UJ 1958/32o; Lackner-Maassen § 235 Anm 2; v. Liszt-Schmidt S.532; Meyer (5. Aufl) S.513; Nippgen S.42; v. Schwarze § 235 Anm 7.

2) RGSt 18/273.

um die Grenzziehung zwischen „Beihilfe" zur Selbstentziehung und (mittäterschaftlicher) Fremdentziehung ging. Der Angeklagte hatte mit seiner Verlobten den Fluchtplan gefaßt und ihr bei der Flucht selbst geholfen. Der Senat beurteilte den Fall nach der subjektiven Teilnahmelehre[1] und stellte dementsprechend nicht auf die äußere Gestaltung des Verhaltens, sondern auf den Inhalt des Willens ab. Der Mittäter müsse die Tat als eigene, der Gehilfe Förderung der Tat als einer fremden gewollt haben.[2] Danach wurde der Angeklagte, weil er die Flucht gemeinsam mit der Minderjährigen geplant und selbst geleitet hatte, wegen Entziehens verurteilt.[3]

Das Urteil des RG hat teils Zustimmung[4], teils Ablehnung[5] erfahren. Soweit die Kritiker das „Entziehen" als zweiaktiges Geschehen auffassen und zu seiner Vollendung die Begründung eines neuen Abhängigkeitsverhältnisses über die minderjährige Person fordern[6], verwerfen sie das vom RG gefundene Ergebnis schon deshalb, weil das Gericht lediglich auf den

---

1) Zu beachten ist freilich, daß diese und die anderen im Text diskutierten Theorien h i e r - anders als in den „normalen" Fällen - gleichzeitig über die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Bereich entscheiden.
2) AaO S.281f.
3) Dagegen kann eine von Dallinger mitgeteilte Entscheidung des BGH (MDR 1968/728) keine Hinweise zur Klärung des Problems vermitteln. Die abgedruckten Gründe geben nämlich nur Aufschluß darüber, daß der BGH in einem Fall, in dem der Angeklagte „durch sein früheres Verhalten wesentlich dazu beigetragen hatte, daß die Minderjährige von Zuhause weglief", nicht wegen eines Begehungsdeliktes verurteilte. Es bleibt indes unklar, ob das Gericht die Voraussetzungen eines „Entziehens" verneinte oder ob es etwa die Anwendung eines des von § 235 erfaßten Mittel seitens des Täters nicht feststellen konnte.
4) Dreher § 235 Anm 3;Fichtl S.38f;Oppenhoff-Delius § 235 Anm 1; Heimann-Trosien LK § 235 Rdnr 12; Schwartz § 235 Anm 3c.
5) Frank § 235 Anm II;Hey S.27;Knitschky S.3o1 Fn 2; Nippgen S.42f.
6) Hey aaO; Villnow S.112,118.

Eingriff in das Elternrecht abgestellt und dementsprechend die Vollendung des Delikts in unzulässiger Weise vorverlegt habe. Daß aber allein durch die „Entsetzung" der Eltern deren Betreuungsmöglichkeiten wesentlich beeinträchtigt werden können und deshalb ein neues Abhängigkeitsverhältnis nicht unabdingbare Voraussetzung eines „Entziehens" ist, wurde bereits ausgeführt.[1] Folglich kann der Gesichtspunkt der Begründung eines neuen Gewaltverhältnisses für die aufgezeigte Problematik keinen tauglichen Beurteilungsmaßstab abgeben.

Zu einem anderen Ergebnis als das RG, das bekanntlich die subjektive Teilnahmetheorie vertrat, gelangt ebenfalls, wer Täterschaft und Teilnahme objektiv abgrenzt.[2] Aber auch vom Boden der subjektiven Teilnahmetheorie aus wird die Lösung des RG für den fraglichen Fall abgelehnt. Die Voraussetzungen täterschaftlicher Begehung seien deshalb zu verneinen, weil keine „besonderen Umstände" auf den animus auctoris hindeuteten.[3]

Im Hinblick auf die - weitreichenden - Unterschiede, die in der Beurteilung des Sachverhaltes von RGSt 18/273 aufgetreten sind, ist es unumgänglich, sich eingehender mit dem Fall des Zusammenwirkens von Minderjährigem und Außenstehendem zur Herbeiführung einer Beeinträchtigung des Sorgerechts zu befassen. Dabei wird zunächst zu klären sein, ob nicht bereits jedes „externe" Mitwirken an einer derartigen Störung als „Entziehen" begriffen werden muß mit der Folge, daß zwischen einer (strafbaren) Fremdentziehung und der (straflosen) Beteiligung an einer Selbstentziehung nicht zu unterscheiden ist. Sollte allerdings eine solche Abgrenzung grundsätzlich zu treffen sein, so muß sich die Frage nach deren Kriterien anschließen. Greift man dabei auf die allgemeinen Grundsätze der Teilnahmelehre zurück, wird überlegt werden müssen, ob - mit dem RG - zur Bewertung von Konstellationen der vorliegenden Art die subjektive Teilnahmetheorie heranzuziehen ist und ob ggf. das RG diese Lehre im konkreten Fall richtig angewandt hat.

---

1) S.75ff.
2) So Frank aaO; Nippgen aaO.
3) So Knitschky aaO.

a. Die zunächst gestellte Frage danach, ob schon j e d e Unterstützung der Flucht des Minderjährigen als „Entziehen" zu qualifizieren ist, könnte - und müßte konsequenterweise - vom Boden einer extensiven Begriffsbestimmung des Täters aus bejaht werden. Nach dieser Auffassung - zu der sich neben ihrem Hauptverfechter Eberhard Schmidt[1] heute noch Baumann[2] bekennt und die auch in der Rechtsprechung [3] gelegentlich ihren ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat - ist nämlich „jeder, der eine Tatbestandsverwirklichung, und damit (materiell gesprochen) eine Rechtsgutsverletzung rechtswidrig und schuldhaft bewirkt, als Täter"[4] anzusehen, und zwar unabhängig davon, ob er selbst eine der Deliktsbeschreibung entsprechende Handlung vornimmt oder andere dazu veranlaßt. Täterstrafe wird indes nur verhängt, falls nicht die - als Strafeinschränkungsgründe verstandenen - Vorschriften über Anstiftung oder Beihilfe eingreifen. Dementsprechend würde, wer einen Minderjährigen zur (heimlichen) Flucht aus dem Elternhaus anstiftet oder bei einem solchen Fluchtunternehmen unterstützt, in j e d e m Fall eine Kindesentziehung in mittelbarer Täterschaft begehen, da er eine wesentliche Beeinträchtigung des Sorgerechts bewirkt hat und wegen Straflosigkeit der Selbstentziehung nicht als Teilnehmer belangt werden kann.[5]

Schon dieses Ergebnis weckt Zweifel an der Richtigkeit der Lehre vom extensiven Täterbegriff. Denn daß sich derjenige, der einem beinahe Volljährigen für dessen heimliche Flucht aus dem Elternhaus etwa eine Fahrkarte kauft,-um an das soeben erwähnte Beispiel anzuknüpfen -, ohne weiteres wegen Muntbruchs soll verantworten müssen, ist kaum einzusehen. Eine derartige Sicht der Dinge würde „die im vorrechtlichen Raum

---

1) In der Frank-Festgabe II, S.117ff.
2) NJW 1962/374,375.
3) Vgl etwa BGHSt 3/4,5.
4) Eb. Schmidt S.117.
5) Vgl Eb. Schmidt aaO S.124f, der den Fall der Anstiftung zum Selbstmord als in mittelbarer Täterschaft begangenen Totschlag bewertet.

sinnvoll strukturierten äußeren Vorgänge" nivellieren „zugunsten eines abstrakt-logischen Bedingungszusammenhangs".[1] Die extensive Begriffsbestimmung des Täters muß sich aber nicht nur den Vorwurf des Theoretischen und Künstlichen[2] gefallen lassen. Ihr rein kausaler Ansatz läßt auch den Unterschied zwischen einer bloßen Erfolgsverursachung und einer tatbestandsmäßigen Handlung hinfällig werden (vgl jetzt auch § 25 Abs. 1 Fall 1). Das bedeutet, daß die „Wertakzente, die der Tatbestand den dort beschriebenen Handlungen gibt"[3], verkannt werden. Die extensive Täterbestimmung verstellt sich so den Blick für die besonderen Voraussetzungen in der Person des Täters und die besondere Begehungsweise, die regelmäßig einer Tat erst ihr typisches Gepräge geben, vernachlässigt damit über der sozialschädlichen die sozialethisch verwerfliche Seite des Verbrechens.[4] Der weite Täterbegriff kann deshalb auch die Bestrafung der Teilnahme an echten Sonderdelikten und eigenhändigen Delikten nicht erklären. Hier führen erst die §§ 26, 27 zur Strafbarkeit des „extraneus" bzw. des mittelbar Handelnden und sind somit als Strafausdehnungsgründe aufzufassen.[5] Schließlich ist die extensive Bestimmung des Täters auch deswegen zu verwerfen, weil sie zur Unterscheidung vom Teilnehmer auf subjektive Kriterien angewiesen ist. Erfordert nämlich Täterschaft nichts weiter als die Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs, so kann angesichts der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen eine am objektiven Gehalt des Tatanteils ausgerichtete Grenze zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht gezogen werden.[6] Den Einwendungen,

---

1) Roxin S.29.
2) Vgl Gallas S.9o.
3) Schönke-Schröder § 47 Vorbem. 12.
4) Busch LK § 47 Vorbem. 9; Gallas S.82ff.
5) Vgl im einzelnen Busch LK § 47 Vorbem. 7; Gallas S.83f, 134; Jescheck S.494; Schönke-Schröder § 47 Vorbem. 12; Welzel LB S.1oo.
6) Busch LK § 47 Vorbem. 8; Gallas S.8of; Jescheck S.493; and. Eberhard Schmidt S.118.

die im folgenden gegen die subjektive Teilnahmelehre erhoben werden,[1] ist damit auch der weite Täterbegriff ausgesetzt.

b. Muß nach alledem diese Theorie abgelehnt werden, so ist der Außenstehende, der dem Minderjährigen bei dessen Flucht aus dem Elternhaus hilft, nicht ohne weiteres Täter eines Delikts nach § 235. In Betracht kommt grundsätzlich auch Teilnahme an einer Selbstentziehung des Jugendlichen. An welchen Maßstäben sich allerdings die Abgrenzung zu orientieren hat, ist zweifelhaft. Gegen die - an sich naheliegende, vom RG in RGSt 18/273 ebenso wie von den Kritikern dieser Entscheidung deshalb wohl auch stillschweigend vorausgesetzte - Anwendbarkeit der Grundsätze der Teilnahmelehre könnte vorgebracht werden, diese habe es ausschließlich mit S t r a f t a t e n zu tun,[2] biete folglich keine geeignete Grundlage zur Erfassung von Selbstentziehung und Teilnahme daran, weil diese eben mangels Tatbestandsmäßigkeit keine „Straftaten" seien.

Ein solcher Einwand könnte indes nicht als stichhaltig anerkannt werden. Er würde übersehen, daß die Grundsätze der Teilnahmetheorie begrifflich keineswegs von der Strafbarkeit des zu bewertenden Verhaltens abhängig sind. Beurteilungsobjekte jener Lehre vermögen durchaus auch „Taten" im natürlichen Sinne zu bilden.[3] Demgemäß ist an Hand der in der Teilnahmelehre herausgearbeiteten Unterscheidungsmerkmale darüber zu entscheiden, ob der Außenstehende, der mit dem Minderjährigen zusammenwirkt, strafloser oder strafbarer Beteiligter an dessen Flucht ist.

---

1) Vgl S.116ff.
2) Vgl in diesem Sinne Bringewat NJW 1973/540,542; Dreher MDR 1952/711,713; StGB § 211 Vorbem.2 B b; vgl aber auch dens. in MDR 1964/337.
3) Vgl etwa aus der Rechtsprechung BGHSt 19/135,137,138; 24/342; weiter Gallas S.189 Fn 72; Roxin S.605ff; Samson, Strafrecht I, S.225; Welp JR 1972/427,428.

c. Offen ist allerdings, w e l c h e der - in Fülle anzutreffenden[1] - Kriterien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme heranzuziehen sind. Wie schon erwähnt, spielt für RGSt 18/273 die Willensrichtung der Beteiligten die maßgebliche Rolle. Damit stellt das Urteil eines von vielen Gliedern in der Kette der Entscheidungen dar, die die Beteiligungsformen nach subjektiven Gesichtspunkten bestimmen.[2] Nach dieser Theorie - die sich zunächst mit dem Verhältnis von Mittäterschaft und Beihilfe, später dann mit dem zwischen (mittelbarer) Täterschaft und Anstiftung sowie zwischen Beihilfe und Alleintäterschaft zu befassen hatte[3] - ist Täter, wer den Täterwillen (animus auctoris) hat, wer die Tat als eigene will, während als bloßer Teilnehmer derjenige angesehen wird, der die Tat nur als fremde will (animus socii), der sich und seinen Tatbeitrag dem Willen eines anderen unterordnet.[4] Ob der eine oder andere Fall vorliegt, muß auf Grund aller Umstände wertend ermittelt werden.[5] Anhaltspunkte („Beweisanzeichen")[6] für die Feststellung des Täterwillens können sein der Grund des eigenen Interesses am Erfolg der Tat,[7] der Umfang der Tatbeteiligung,[8] die Tatherrschaft, d.h. maßgeblicher Einfluß

---

1) Vgl dazu etwa die Darstellungen von Busch LK § 47 Vorbem. 1off; Jescheck S.491; Roxin S.33ff; 38ff; 51ff; 57ff; 6off.
2) Vgl dazu etwa grundlegend RGSt 3/181,182ff; ferner 31/8o, 82; 63/1o1,1o2f m.w.N.; 71/35o,353; 74/84,85; aus der Rechtsprechung des BGH seien genannt die Entscheidungen BGHSt 4/2o,21; 8/7o,73; 39o/391; 16/12,14; 18/87; BGH NJW 195o/12o,121; 1966/1763; BGH bei Dallinger MDR 1974/547; vgl auch die Analyse von BGH-Entscheidungen bei Roxin S.9off; ferner S.597ff; s. weiter die Übersicht über die BGH-Rechtsprechung bei Kalthoener NJW 1956/1662ff.
3) Vgl Gallas S.81,133; Jescheck S.491; Welzel SJZ 1947 Sp 645,646.
4) Formulierung von Schröder, Schönke-Schröder § 47 Vorbem. 61; s. weiter Baumann LB § 36 I 3c; JuS 1963/51,59,88f; NJW 1962/374,375ff; 1963/561,562.
5) So z.B. BGHSt 8/393,396; weiter BGH MDR 1974/547.
6) Vgl BGHSt 8/7o,73; 18/87,9o.
7) Vgl etwa RGSt 74/84,85 (dazu aber auch BGHSt 8/393,396); BGHSt 6/226,229; BGH bei Dallinger MDR 1974/547.
8) BGH MDR 1974/547; BGHSt 2/15o,151; 8/7o,73.

auf das Ob, Wann und Wie der Tatausführung,[1] oder doch der Wille zur Tatherrschaft.[2] Die subjektive Theorie führt einerseits dazu, daß bei entsprechendem Täterwillen schon die geringste - selbst eine „geistige", d.h. die in einer Stärkung des Willens des die Tat allein Ausführenden bestehende[3] - Mitwirkung bei der Vorbereitung zur Bejahung der Täterschaft ausreichen kann.[4] Andererseits kann grundsätzlich auch derjenige als bloßer Gehilfe angesehen werden, der selbst alle Tatbestandsmerkmale erfüllt, sofern sein Wille dahin ging, nur eine fremde Tat zu unterstützen.[5]

Die subjektive Teilnahmelehre ist abzulehnen. Sie gibt kein rational überprüfbares Merkmal für die Abschichtung der Beteiligungsformen an die Hand,[6] ist vielmehr - wie es häufig in äußerst scharfer Kritik formuliert wird - eine „nichtssagende und unbrauchbare"[7] „Zauberformel ..., mit der man alles und nichts anfangen kann".[8] Dieses Urteil gilt einmal für die Formulierung, daß die innere Haltung der Beteiligten, die über die Frage der Täterschaft oder Teilnahme entscheiden soll, auf Grund aller Umstände wertend zu ermitteln sei. Damit wird die Abgrenzung der Beteiligungsformen fast ganz dem nicht weiter kontrollierbaren Ermessen des Richters überantwortet.[9] Demgemäß werden (heterogene) Merkmale wie die der Tatherrschaft, des Interesses oder des Umfangs der Tatbestandsverwirklichung immer nur als Anhaltspunkte bezeichnet, deren Rangordnung bei Ermittlung der Täterschaft ebenso ungeklärt bleibt wie ihr

---

1) Vgl BGHSt 2/15o,151,155f; BGHSt 8/7o,73; 393,396; BGH JR 1955/3o4,3o5; BGH bei Dallinger MDR 1974/574.
2) BGHSt 13/162,167; 18/87,9o; BGH bei Dallinger MDR 1958/139; 1974/547.
3) Vgl dazu BGHSt 16/12,14.
4) Vgl etwa BGHSt 14/123,128f; s. weiter die Nachweise bei Roxin S.11.
5) So kürzlich wieder der BGH bei Dallinger MDR 1974/547; ferner etwa BGHSt 8/393,396; 18/87,89.
6) Jescheck S.494.
7) Vgl Gallas S.82; Welzel LB S.1o8f; SJZ 1947 Sp 645,647.
8) Dreher NJW 197o/217f.
9) Vgl Herzberg JuS 1974/237,239; Roxin S.612.

Verhältnis zu anderen möglichen Gesichtspunkten.[1] Folglich werden Entscheidungen so gut wie niemals zwingend vorgeschrieben:[2] Den Ausschlag geben vielfach gefühlsmäßige Erwägungen des Richters, die im nachhinein durch eine entsprechende „Gesamtwürdigung", d.h. durch die Wahl eines der in der Rechtsprechung hervorgetretenen Kriterien, „getarnt"[3] werden.[4]

Die im Vorstehenden als äußerst fragwürdig aufgedeckte Empfehlung des BGH, die Willensrichtung der Beteiligten auf Grund einer wertenden Betrachtungsweise festzustellen - die sich nach Welzel[5] als ein Kunstgriff darstellt, mit dem an die Stelle einer Begründung eine Behauptung gesetzt und dann diese Behauptung in Form einer Begründung vorgetragen wird -, läßt bereits vermuten, daß die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nach ausschließlich subjektiven Kriterien überhaupt unhaltbar ist. Wie sich im folgenden zeigen wird, ist diese Annahme nur allzu begründet.

Der von der subjektiven Lehre als entscheidend herausgestellte Unterschied zwischen Täter- und Teilnahmewillen könnte dreierlei bedeuten: einen Unterschied im Vorsatz, im Motiv oder in der Gesinnung.[6]

Eine Grenzziehung zwischen Täterschaft und Teilnahme nach dem Vorsatz würde auf eine Differenzierung nach dem Handlungswillen hinauslaufen. Damit wäre aber zwangsläufig ein objektiver Unterschied in dem Tatbild vorausgesetzt, auf das sich Täter- und Teilnahmevorsatz beziehen. Es müßte zunächst geklärt werden, was Täter- und was Teilnahmehandlung ist. Erst nach Herausarbeitung entsprechender objektiver Maßstäbe könnte über-

---

1) Vgl die eingehende Analyse der BGH-Rechtsprechung bei Roxin S.9off; 11o; 597ff.
2) Vgl Welzel SJZ 1947 Sp 645,647.
3) Dreher NJW 197o/217,218.
4) Vgl Herzberg JuS 1974/237,239; Kalthoener NJW 1956/1662, 1664f; Roxin S.11of; 612.
5) LB S.1o9; SJZ 1947 Sp 645,647.
6) Vgl hierzu und zum folgenden Gallas DRZ 195o/67; weiter S.93ff; 134f; Welzel SJZ 1947 Sp 645,647; LB S.1o9f.

prüft werden, ob vom Vorsatz des Handelnden das eine oder andere umfaßt war. Stimmen dabei äußere und innere Tatseite überein, entscheidet sich die Frage nach Täterschaft und Teilnahme je nach dem (objektiven) Verhalten des Beteiligten. Dies gilt selbst dann, wenn der Handelnde - trotz jener erwähnten Übereinstimmung - nicht Täter oder Teilnehmer sein will. Im einen Fall läge eine protestatio facto contraria, im anderen eine willkürliche Selbsteinschätzung vor. Der Vorsatz bliebe unberührt. Im Ergebnis wäre man daher auf eine objektive Abgrenzung der Beteiligungsformen verwiesen.[1)]

Deren Unterscheidung nach dem Beweggrund des Handelnden würde bedeuten, daß sich „vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, nach dem Grade seines eigenen Interesses am Erfolg" richtet, ob jemand die Tat als eigene will[2)] und damit als Täter anzusehen ist. Ob dieser Maßstab allerdings eine praktikable Abgrenzung ermöglicht, erscheint höchst zweifelhaft. Das mag indes dahinstehen. Denn die Interessentheorie befindet sich in Widerspruch zu den nicht wenigen Vorschriften, die auch bei altruistischem Handeln Täterschaft annehmen (vgl z.B. §§ 216, 253, 263, 289).[3)] Dementsprechend hat der BGH in BGHSt 19/135 für den „Sonderfall der tatbestandlichen Abgrenzung des § 216 StGB gegenüber der strafbaren Beihilfe zur Selbsttötung" entschieden, daß jedenfalls hier subjektiv bestimmte Kriterien nicht geeignet seien, sinnvolle Ergebnisse zu gewährleisten.[4)] Verfolgt man den dort aufgezeigten Weg konsequent zu Ende - vor allem auch deswegen, weil eine unterschiedliche Entscheidung der grundlegenden Teilnahmefrage je nach Paragraphen „schlechterdings" undenkbar erscheint[5)]-, so lassen sich die Ergebnisse von RGSt 74/84 und BGHSt 18/87 nicht mehr halten: Derjenige, der „alle Tatbestandmerkmale eigenhändig erfüllt", ist immer Täter, kommt nicht „auch als bloßer Gehilfe in Betracht",[6)] und zwar unabhängig davon, ob er zu eigenem Nutzen, im Interesse eines Beteiligten oder dem eines

---

1) Vgl zum Vorstehenden vor allem Gallas S.93; weiter Stratenwerth Rdnr 797.
2) Vgl etwa RGSt 74/84,85.
3) So auch Gallas S.93f; 134,135; DRZ 1950/67; Jescheck S.494; Roxin S.56; Welzel LB S.109; SJZ 1947 Sp 645,647.
4) Vgl weiter BGH bei Dallinger MDR 1966/382.
5) Vgl Dreher MDR 1964/337; Roxin S.605f.
6) So aber BGHSt 18/87,90.

Unbeteiligten [1] handelt. Diese Bewertung entspricht dem Umstand, daß das Gewicht des Tatbeitrags sowie die Stellung des Täters bei der Deliktsverwirklichung durch seine Motive nicht beeinflußt werden.[2] Allein dieses Ergebnis steht auch in Einklang mit § 25 Abs. 1 Fall 1 des neuen Allgemeinen Teils, wonach - und zwar ausnahmslos - als Täter bestraft wird, wer die Straftat selbst begeht.[3] Soweit der Beweggrund der Tat nicht zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit gehört, vermag er demnach nicht über das Ob der Täterschaft zu entscheiden, kann sich vielmehr nur auf die Höhe der Strafe auswirken.

Schließlich bleibt die Möglichkeit, den Unterschied zwischen Täter- und Teilnehmerwillen im Gesinnungsmäßigen zu suchen, d.h. die Willensrichtung des Handelnden als Ausdruck subjektiver Gefährlichkeit aufzufassen.[4] Eine solche - mögliche - Betrachtungsweise, die sich ausrichtete etwa an verbrecherischer Initiative oder der grundsätzlichen Bereitschaft zur Begehung von Delikten, würde indes die Ebene des tatbestandlichen Unrechts verlassen und die Differenzierung in den Schuld- und

---

1) Freilich hat die Rechtsprechung die sich an sich aus der Interessentheorie ergebende Folgerung, es sei straflos, wer die Tat zum Vorteil eines Unbeteiligten begehe, weil er selbst ohne animus auctoris handele, mangels Haupttat aber auch nicht Teilnehmer sein könne, nicht gezogen. Vgl dazu Blei, Prüfe dein Wissen, S.149; Gallas S.94; Herzberg JuS 1974/237,239; Roxin S.56.

2) Vgl Roxin S.56f; 127f.

3) So auch Blei, Prüfe dein Wissen, S.149; Herzberg JuS 1974/237,239; Lackner § 25 Anm. 1a; Roxin in: Roxin, Stree, Zipf, Jung, S.28f; Samson SK § 25 Rdnr 7,17; Wessels S.96f. Ob sich allerdings § 25 tatsächlich als „bruchsicherer Damm" (Blei aaO S.15o) gegen die extreme subjektive Theorie erweist, bleibt abzuwarten. Möglich wäre, daß die Rechtsprechung auf den - auch in den Beratungen des Sonderausschusses erörterten (Prot V S.1825), freilich abzulehnenden - Ausweg verfiele, den Begriff der Tatausführung nicht immer und überall mit dem der Tatbegehung gleichzusetzen.

4) Vgl Gallas S.94f; 135; DRZ 195o/67; Jescheck S.494; Spendel JuS 1969/314,315f; Welzel LB S.1o9.

Strafzumessungsbereich verschieben.[1] Sie würde dabei in ein bloßes Gesinnungsstrafrecht abgleiten, da es auf den Umfang der Verwirklichung des gefährlichen Willens nicht ankommen soll.[2] Ein solches Ergebnis wäre aber mit dem geltenden Tatstrafrecht[3] unvereinbar. Folglich kann der Verantwortlichkeit als Täter nicht entgehen, wer die Tat eigenhändig ausgeführt hat, selbst wenn er den Verbrechensentschluß von sich aus nie gefaßt hätte, auch wenn er sich nicht für die Tat verantwortlich fühlt, sondern sie nur will, weil sie ein anderer will, dessen Autorität er sich beugt.[4]

d. Damit haben die vorangegangenen Überlegungen deutlich gemacht, daß bei der Abgrenzung der Beteiligungsformen nicht von einem Täter- bzw. Teilnahmewillen als solchem ausgegangen werden kann.[5] Es wäre nun aber verfehlt, wollte man aus diesem Ergebnis den Schluß ziehen, Täterschaft und Teilnahme müßten a l l e i n nach objektiven Merkmalen unterschieden werden. Versuche in dieser Richtung, die früher unternommen worden sind, haben sich als untauglich erwiesen.[6] Das gilt einmal von der formal-objektiven Theorie, die von der jeweiligen Handlungsbeschreibung der Tatbestände des Besonderen Teils ausging. Täter ist danach, wer eine der dort erfaßten Handlungen ganz oder teilweise selbst ausführt. Dagegen kann jeder andere kausale Tatbeitrag - als Vorbereitungshandlung oder bloß unterstützende Handlung während der Ausführung - nur Teilnahme sein.[7] Die Schwäche der formal-objektiven Lehre zeigt sich einmal bei den Erfolgsdelikten. Denn hier besteht die

---

1) Vgl Jescheck S.494; Roxin S.616ff.
2) Vgl Gallas S.135; DRZ 1950/67.
3) Vgl dazu Gallas S.56,69; Jescheck S.315,319f.
4) Vgl Gallas S.94f; Roxin S.616.
5) Vgl Gallas DRZ 1950/67.
6) Vgl dazu die Darstellungen bei Gallas S.85f; 133ff; Jescheck S.492; Roxin S.34ff, 38ff.
7) Vgl etwa Grünhut JW 1932/366f sowie die Nachweise bei Roxin S.34/35.

Handlung allein in der Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges; eine zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme geeignete Beschreibung des Handlungsunrechts fehlt indes.[1] Das Erfordernis persönlicher Vornahme der Ausführungshandlung macht ferner jene Theorie unfähig, die Figur der mittelbaren Täterschaft zu erklären.[2] Endlich ist die formal-objektive Lehre außerstande,der Mittäterschaft in vollem Umfang gerecht zu werden. Sie vermag etwa den im Hintergrund bleibenden Bandenchef nicht als Mittäter zu bestrafen, wenn dieser das Unternehmen aus der Ferne leitet oder absichert.[3]

Den Schwierigkeiten der formal-objektiven Theorie, die durch deren Anknüpfung an die Handlungsbeschreibungen der gesetzlichen Tatbestände entstanden waren, suchten die materiell-objektiven Lehren dadurch zu begegnen, daß sie über Täterschaft und Teilnahme nicht allein die Wortinterpretation der gesetzlichen Tatbeschreibung, sondern zusätzlich sachliche Kriterien unterscheiden ließen.[4] Es handelte sich dabei um recht unterschiedliche Merkmale.[5] So sollte neben dem die Tat selbst Ausführenden derjenige Täter sein, der einen unentbehrlichen Tatbeitrag leistete („Notwendigkeitstheorie").[6] Nach anderen war Täter, wer sich während der Ausführung beteiligte, Gehilfe dagegen, wessen Unterstützung in die Zeit vor Begehung der Tat fiel („Gleichzeitigkeitstheorie").[7] Wieder anders unterschied Frank:[8] „Der Täterschaft gehört das Gebiet der physisch vermittelten, der Teilnahme das der psychisch vermittelten Kausalität an." Schließlich wurde als erheblich angese-

---

1) Gallas S.85,133; Jescheck S.492.
2) Roxin S.36; Samson SK § 25 Rdnr 7; Wessels S.95.
3) Vgl dazu Gallas DRZ 1950/67; Roxin S.37,280,299; Schönke-Schröder § 47 Vorbem. 71; Wessels S.95.
4) Vgl Gallas S.133f.
5) Vgl zum folgenden die eingehende Übersicht bei Roxin S.38-51.
6) Vgl die Nachweise bei Roxin S.38-40.
7) Nachweise bei Roxin S.41-43.
8) § 47 Vorbem. II; vgl weiter Roxin S.44-48.

hen, ob sich die Beteiligten im Verhältnis der Koordination (dann Mittäterschaft) oder der Subordination (dann Beihilfe) befanden („Überordnungstheorie").[1)]

Keine der - auf eine besondere intensive Kausalbeziehung zum tatbestansmäßigen Erfolg oder auf die größere Gefährlichkeit des Tatbeitrags abstellenden - Spielarten der objektiven Theorie konnte sich durchsetzen. Sie waren - nur um einige ihrer Mängel zu nennen[2)]- entweder unpraktikabel (wie etwa die Notwendigkeits- und die Überordnungstheorie)[3)] oder wurden (wie beispielsweise die Gleichzeitigkeitstheorie oder die Lehre von der physisch und psychisch vermittelten Kausalität) der Figur der mittelbaren Täterschaft nicht gerecht.[4)] Im übrigen treffen - wie Stratenwerth zu Recht hervorhebt[5)]- Lehren, die allein auf objektive Kriterien abstellen, nicht den Kern der Sache, daß nämlich Täterschaft auch von subjektiven Momenten abhängen muß. Erwähnt sei nur das von Gallas [6)] gebildete Beispiel, in dem A dem Opfer ein Getränk reicht, in das B vorher auf A`s Geheiß Gift geschüttet hat. Hier ist A Täter, B Gehilfe. Ist dagegen A ahnungslos, so rückt B zum mittelbaren Täter auf, obwohl sich im Vergleich zum Ausgangsfall nach außen hin an dem Verhalten der Beteiligten gegenüber dem Opfer nichts geändert hat.

e. Die vorstehenden Erörterungen haben somit ergeben, daß weder die subjektive Theorie noch die objektiven Lehren befriedigende Maßstäbe zur Abgrenzung der Beteiligungsverhältnisse entwickelt haben. Um die - zuvor genannten, aus einer einseitigen Sicht der Dinge entstandenen - Unzulänglichkeiten dieser Lehren zu vermeiden, geht die inzwischen im Schrifttum führende Ansicht mit Recht davon aus, die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme mittels einer Sythese objek-

---

1) Nachweise bei Roxin S.49-51.
2) Vgl dazu Roxin S.4o/41; 44; 48/49; 5o/51.
3) Vgl Roxin S.41,51.
4) Vgl Roxin S.44,48.
5) Rdnr 792; vgl auch Gallas S.85f; 135f; Jescheck S.492f.
6) S.1o2f, 136.

tiver und subjektiver Kriterien zu ziehen. Entscheidend für die Einstufung der Rolle eines Beteiligten ist danach, ob er mit Tatherrschaft handelt oder nicht.[1)]

Allerdings stehen die Voraussetzungen dieses Merkmals, das somit eine Schlüsselstellung erlangt hat, noch keinesfalls außer Zweifel. Das zeigen bereits die Definitionen von Welzel und Gallas, von Autoren also, die wesentlichen Einfluß auf die Entwicklung der Tatherrschaftslehre ausgeübt haben. So sieht etwa Welzel denjenigen als „Herr(n) über die Tat" an, „der sie auf Grund seines Willensentschlusses zweckhaft (vorsätzlich) durchführt".[2)] Diese Erklärung hilft indes nicht sehr viel weiter. Einerseits trifft sie meistens auch auf den Anstifter zu,[3)] andererseits läßt sie offen, wann ein Beteiligter die Tat zweckhaft durchführt, bringt also in zweifelhaften Fällen - wie z.B. dem des „Einsatzes" eines im Verbotsirrtum handelnden Vordermannes[4)] - gerade keine Lösung.

Auch Gallas macht wenig klare Äußerungen: „Eine 'Tötungshandlung' begeht nicht schon, wer vorsätzlich irgendwelche Bedingungen zum Todeserfolg setzt, vielmehr erst, wer dabei nach einem Programm verfährt, dessen Verwirklichung ihm den Todeserfolg 'in die Hand gibt'. Die vom Täter eingesetzten Mittel müssen ... geeignet sein, die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs als sein Werk und ihn insoweit als 'Herrn der Tat' erscheinen zu lassen. ... Der dabei angewandte Maßstab läßt sich schlagwortartig mit dem Begriff der 'Tatherrschaft' bezeichnen, sofern man sich bewußt bleibt, daß sich in diesem Begriff objektive und subjektive Momente miteinander verbin-

---

1) Vgl etwa Gallas S.9o, 139,169f; Herzberg JuS 1974/237,239; Jescheck S.494ff; Roxin - für den Bereich der von ihm so genannten Herrschaftsdelikte - S.126ff, 334ff, 578f; Samson SK § 25 Rdnr 18; Stratenwerth Rdnr 8o1ff; Welzel LB S.99,1oo; SJZ 1947 Sp 645,649; Wessels S.97.
2) Welzel SJZ 1947 Sp 645,65o.
3) Roxin S.1o9.
4) Vgl dazu etwa Gallas S.98f; Samson SK § 25 Rdnr 33; Welzel LB S.1o3.

den, daß er das Ergebnis einer zugleich finalen und wertenden Betrachtungsweise ist".[1] Wie dieses Zitat erkennen läßt, umschreibt Gallas die Tatherrschaft weniger in ihren Begriffselementen als daß er sie aus sich selbst heraus erklärt.[2] Auch sein Beispiel gibt keine definitorisch festgelegten Merkmale dafür, wann jemand den Erfolg in der Hand und damit Tatherrschaft hat.

Wenn Welzel[3] und Gallas[4] im Anschluß an ihre allgemeinen Ausführungen auch zahlreiche Konstellationen darauf hin überprüfen, ob Tatherrschaft vorliegt, und dabei zu konkreten Aussagen kommen, bleibt doch offen, inwieweit sich diese - zudem häufiger (etwa bei Beurteilung der Beteiligung an einer im Verbotsirrtum vorgenommenen Tat[5] oder bei Entscheidung der Frage, ob bloße Beteiligung im Vorbereitungsstadium für die Mittäterschaft genügt[6]) voneinander abweichenden - Ergebnisse aus dem Tatherrschaftsbegriff herleiten.[7]

Diese Hinweise auf Gallas oder Welzel mögen genügen. Sie können nur bestätigen, was Roxin in seiner „Analyse des gegenwärtigen Standes der Tatherrschaftslehre"[8] näher belegt hat: Diese Theorie bietet ein verwirrendes Bild. Weder ist allgemeine Klarheit darüber erzielt, was unter dem Begriff der Tatherrschaft zu verstehen ist, noch besteht in den praktischen Ergebnissen Einigkeit.[9]

Angesichts dieses Befundes und angesichts des Umstandes, daß eine - notwendigerweise umfangreiche - Auseinandersetzung mit den verschiedenen Versuchen, den Begriff der Tatherrschaft zu

---

1) S.89f; s.a. S.138f.
2) Roxin S.1o9.
3) Vgl vor allem sein LB S.1o1 - 111.
4) Vgl S.96 -1o4; 14off.
5) Vgl dazu einerseits Gallas S.98f: mittelbare Täterschaft; andererseits Welzel LB S.1o3: Teilnahme.
6) Bejahend Welzel LB S.11o; verneinend Gallas S.1o4.
7) Vgl Roxin S.1o8.
8) S.6o - 1o6.
9) Roxin S.1o6.

umreißen, den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde, sei es erlaubt, mit Roxin[1] die Tatherrschaft - die dem Täter als der Zentralgestalt des konkreten Handlungsvorgangs zukommt[2] - als „offenen" Begriff aufzufassen. Dieser kennzeichnet sich einmal dadurch, daß er im Wege einer Beschreibung die bei der Beteiligung mehrerer Personen typischen Konstellationen (als Handlungsherrschaft, § 25 Abs. 1 Fall 1,[3] Willensherrschaft, § 25 Abs. 1 Fall 2,[4] sowei funktionelle Tatherrschaft, § 25 Abs.2[5]) festlegt und dadurch einer generalisierenden Beurteilung zugänglich macht.[6] Das beschreibende Verfahren läßt zum anderen „dort, wo die Unberechenbarkeit möglicher Beziehungen eine verallgemeinernde Lösung verbietet, durch die Verwendung regulativer Prinzipien begrenzte Leerräume für die richterliche Würdigung des Einzelfalles"[7] offen.

f. Vom Boden dieses Tatherrschaftsbegriffs aus werden nunmehr die Möglichkeiten, die sich beim Zusammenwirken von Minderjährigem und Außenstehendem zur Herbeiführung eines Eingriffs in das Sorgerecht ergeben, darauf hin zu untersuchen sein, ob Fremdentziehung oder Beteiligung an einer Selbstentziehung vorliegt.

aa. Dabei soll der Blick zunächst gelenkt werden auf die Konstellationen, in denen sich die Tatherrschaft des Außenstehenden allein darauf gründen kann, daß er mit einer Person jugendlichen Alters zusammenarbeitet. Dieser Umstand für sich genommen vermag indes die Tatherrschaft des „Hintermanns" noch nicht zu rechtfertigen. Eine solche Annahme führt nämlich auf

---

1) S.122ff.
2) Roxin S.1o8.
3) Dazu Roxin S.127 -14o.
4) Dazu Roxin S.142ff, 17off, 233ff, 242ff, 252ff; vgl weiter Gallas S.96ff, 14of; Jescheck S.5o3ff; Maurach AT S.628ff; Stratenwerth Rdnr 812ff.
5) Dazu Roxin S.275 - 3o5; weiter Gallas S.1o2ff, 14o; Jescheck S.512ff; Maurach AT S.645ff; Stratenwerth Rdnr 867ff; Welzel LB S.1o7ff.
6) Roxin S.123f.
7) Roxin S.125, weiter 282ff.

eine extensive Bestimmung des Täters zurück und ist ebensowenig wie diese haltbar.[1] An welchen zusätzlichen Kriterien sich die Entscheidung über die Tatherrschaft des Außenstehenden zu orientieren hat, ist indes eine offene Frage. Zu ihrer Beantwortung erscheint es unumgänglich, sich nochmals den Zweck des § 235 zu vergegenwärtigen. Wie früher dargelegt, schützt die Vorschrift zwar die Ausübbarkeit des Sorgerechts und damit Befugnisse der Erziehungsberechtigten. Gerade dadurch gewährt sie indes dem Minderjährigen eine reflexartige Begünstigung.[2] Wenn dieser sich seiner geschützten Lage entzieht, kommt es mithin für die Tatherrschaft des Außenstehenden darauf an, ob sein jugendlicher Partner bei der Flucht aus dem Elternhaus Bedeutung und Tragweite der Ausschaltung der elterlichen Betreuungsmöglichkeiten übersehen und nach dieser Einsicht handeln kann.[3]

Geht man von dieser Grundlage aus, so fällt die Tatherrschaft dem Hintermann zu, falls der Minderjährige nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch nicht in der Lage ist, die Konsequenzen der Flucht zu überblicken: Dem Jugendlichen bleibt dann verborgen, welche Nachteile die Entfernung aus dem elterlichen Obhutsverhältnis mit sich bringen kann. Angesichts dieses Umstands spielt es keine Rolle, ob er bereits einen eigenen Willen zu bilden vermag oder nicht. Denn entscheidend ist nur, daß er zum Sinngehalt seines Fluchtunternehmens keinen Zugang hat und folglich auch seinen Willen nicht dagegen setzen kann.[4] Dieser Fall der W i l l e n s h e r r s c h a f t „kraft sinnhafter Überdetermination"[5] liegt unabhängig davon vor, ob der Außenstehende den Minderjährigen zu der Flucht „anstiftet" oder ihn dabei unterstützt.

Es kann allerdings auch so sein, daß der Jugendliche zwar schon das Verständnis für die Folgen besitzt, die aus einer

---

1) Vgl oben S.112ff.
2) Vgl oben S.13.
3) Vgl hierzu und zum folgenden Roxin S.238ff.
4) Vgl auch Stratenwerth Rdnr 831f.
5) Roxin S.239.

Beeinträchtigung der elterlichen Schutzmöglichkeiten erwachsen können, aber nicht nach dieser Einsicht zu handeln vermag. Hier ist zunächst dann Fremdentziehung anzunehmen, wenn der Hintermann dem Minderjährigen die Fluchtidee suggeriert. Dieser ist sich zwar über Bedeutung und Tragweite seines Verhaltens im klaren. Auch kann er den Fluchtplan selbständig und mit Umsicht in die Tat umsetzen. Dennoch darf ihm der Entschluß zum Verlassen des Elternhauses nicht als sein Werk zugerechnet werden. Da dem Jugendlichen jedes Hemmungsvermögen fehlt, ist er insofern unfrei. Er ist außerstande, dem Vorschlag des Außenstehenden Widerstand entgegenzusetzen, und wird deshalb bei der Willensbildung vom Hintermann beherrscht.[1)]

Nach anderen Gesichtspunkten sind jene Fälle mangelnden Hemmungsvermögens zu entscheiden, in denen der - die Bedeutung der elterlichen Obhutsmöglichkeiten und ihrer Beeinträchtigung erkennende - Minderjährige den Entschluß zur Flucht schon gefaßt hat und der Außenstehende nur bei Durchführung des Unternehmens hilft. Wäre ohne diese Hilfe die Verwirklichung des Fluchtplans zum Scheitern verurteilt, so liegt die Willensherrschaft beim Hintermann: Er ermöglicht die Flucht (z.B. aus einem Internat) und zwischen seinem Tatanteil und der Lösung des elterlichen Schutzverhältnisses steht kein verantwortlicher Wille eines anderen. Demgegenüber ist nur Beihilfe zur Selbstentziehung - und nicht Fremdentziehung - anzunehmen, wenn der Helfer die Flucht nicht ermöglicht, sondern lediglich - wie beispielsweise durch Erkunden der Abfahrtszeiten des Zuges oder der Übernahme des Kaufs einer Fahrkarte - fördert oder in ihrer konkreten Ausgestaltung modifiziert, z. B. den Minderjährigen bewegt, nicht schon den Morgen-, sondern erst den Abendzug zu nehmen. Strafbarkeit des Hintermanns ist deswegen zu verneinen, weil die Ausführung der Flucht nicht von seiner Mitwirkung abhängt und der Minderjährige sich selbständig zur Lösung des elterlichen Obhutsverhältnisses entschlossen hat, dieser Entschluß sich somit nicht als das Werk

---

1) Vgl zum Vorstehenden Roxin S.242 iVm 239; s. weiter Stratenwerth Rdnr 831.

des Helfers darstellt.[1]

bb. Andere Maßstäbe sind in den Fällen anzulegen, in denen es der Außenstehende mit einem „vollverantwortlichen" Minderjährigen zu tun hat. Übersieht dieser die Folgen, die sich aus der Ausschaltung der elterlichen Betreuungsmöglichkeiten ergeben, und kann er bereits nach dieser Einsicht handeln, so läßt sich eine Fremdentziehung des Hintermanns nur nach den Grundsätzen der funktionellen Tatherrschaft begründen.[2] Danach ist neben einer Willensübereinstimmung der Beteiligten im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Erziehungsmöglichkeiten ein solches Verhalten des Außenstehenden erforderlich, das diesem maßgeblichen Einfluß auf Hergang und Erfolg der Tat verschafft - wobei der Begriff der Tatherrschaft auf seiten des Minderjährigen in einem „natürlichen", der Begehung von Straftaten entsprechenden Sinne zu verstehen ist.[3] Von welcher Art freilich ein die Tatherrschaft begründender - und damit hier die Anahme einer Fremdentziehung rechtfertigender - Tatbeitrag sein muß, darüber besteht selbst unter den Anhängern der Tatherrschaftslehre keine Einigkeit. Zweifelhaft ist einmal, ob schon ein Beitrag, der im Vorbereitungsstadium geleistet wird, den zuvor genannten Anforderungen genügt,[4] zumindest dann, wenn er bei Ausführung der Tat in wesentlicher Weise weiterwirkt.[5] Sollte demgegenüber nur die Mitwirkung im Ausführungsstadium zur Tatherrschaft führen können, so ist ferner fraglich, ob insoweit jeder geringfügige Beitrag ausreicht.[6]

Der Überblick über den Meinungsstand läßt erkennen, daß vom Boden der Tatherrschaftslehre aus ein „Entziehen" jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn der Beitrag des Außenstehenden „im Ausführungsstadium eine unerläßliche Voraussetzung für die

---

1) Vgl auch hierzu Roxin S.242 iVm 239.
2) Vgl dazu im einzelnen Jescheck S.516; Roxin S.275 - 3o5; Samson SK § 25 Rdnr 13,47; Stratenwerth Rdnr 88off.
3) Vgl oben S.114.
4) So Maurach AT S.659; Welzel LB S.11o.
5) So Jescheck S.517; Stratenwerth Rdnr 884.
6) Vgl dazu Roxin S.28off; s. weiter Samson SK § 25 Rdnr 47.

Verwirklichung des angestrebten Erfolgs bildet", wenn damit also „das ganze Unternehmen steht oder fällt".[1] So liegen die Dinge etwa, wenn der dem Minderjährigen gewogene Hausangestellte die Eltern so lange einsperrt, bis die Flucht des Jugendlichen geglückt ist. Täter einer Fremdentziehung ist ferner, wer das Fluchtunternehmen dadurch unterstützt, daß er den Minderjährigen mit dem Auto zum Bahnhof der weiter entfernten Nachbarstadt bringt und auf diese Weise einen Beitrag leistet, ohne den das Vorhaben nicht zu verwirklichen gewesen wäre.

Stehen die Grundsätze, die die Tatherrschaftslehre für die Lösung der soeben genannten Fälle bereit hält, außer Streit, so werden die Kriterien zweifelhaft, an denen Konstellationen der folgenden Art zu messen sind: Der Minderjährige veranlaßt seinen Freund, zur Vorbereitung der Flucht, die er sodann mit dem Auto des Vaters durchführt, die Schlüssel des Wagens nachzumachen. Die Frage, ob der Freund als Täter einer Fremdentziehung anzusehen ist, müßte bejaht werden, würden die Maßstäbe übernommen, die etwa Welzel[2] gesetzt hat. Danach ist auch der bloß Vorbereitende Mittäter, falls er Mitträger des gemeinsamen Tatentschlusses ist. Wie indes Roxin im einzelnen[3] nachgewiesen hat, läßt sich eine solche Ansicht nicht mit der Tatherrschaftslehre vereinbaren. Sie würde - als „Nachwirkung der subjektiven Theorie"[4] - übersehen, daß Zentralfigur des handlungsmäßigen Geschehens nicht sein kann, wer bei der Tatverwirklichung nicht selbst in Erscheinung tritt. Der bloß Vorbereitende beherrscht den Geschehensablauf nicht, sondern bleibt immer von der Initiative des unmittelbar Tätigen abhängig.[5] Demgemäß ist im Beispielsfall der Freund, der die Autoschlüssel nachmacht, nur Teilnehmer an einer Selbstentziehung. An diesem Ergebnis ändert sich

---

1) Roxin aaO S.28o; vgl weiter Jescheck S.517; Stratenwerth Rdnr 883.
2) Vgl LB S.11o; ebenso Maurach S.659.
3) S.292ff.
4) Roxin S.298.
5) Roxin S.294.

auch für den Fall nichts, daß er an Planung und Organisation der Flucht beteiligt ist. Selbst wenn der Mitwirkende derartige Tatbeiträge erbringt, muß er doch das (weitere) Geschehen aus der Hand geben. Denn Planung und Vorbereitung sind nicht die - zu strafende - „Tat", nach der sich die Stellung der Beteiligten richtet.[1] Es bleibt deshalb dabei, daß eine Beteiligung im Vorbereitungsstadium nicht Tatherrschaft vermitteln kann.[2]

Wird demnach eine Mitwirkung im Ausführungsstadium gefordert, so ist allerdings noch offen, ob schon jeglicher Tatbeitrag - ohne Rücksicht auf sein Gewicht - zur Mittäterschaft führt, ob also - auf den Fall des § 235 bezogen - derjenige wegen Fremdentziehung strafbar ist, der den von ihm zur (heimlichen) Flucht veranlaßten Minderjährigen ein Stück des Weges mitnimmt, ohne daß dies zum Gelingen des Unternehmens unerläßlich wäre. Zur Klärung dieser Frage verhilft der Blick auf den Grundgedanken der funktionellen Tatherrschaft: Mittäter ist danach jeder, der die Tat in der Hand hat. Das ist der Fall,wenn die Beteiligten nur zusammen den Plan verwirklichen können und jeder von ihnen durch Verweigerung seines Tatbeitrags das Vorhaben zum Scheitern bringen kann.[3] Von einer derartigen Zusammenarbeit kann aber nur dann die Rede sein, wenn jeder Beteiligte einen wesentlichen Beitrag leistet. Kommt diesem keine selbständige Funktion zu, so handelt es sich um eine für das Gelingen der Tat gleichgültige Mitwirkung. Auch wenn sie versagt wird, nimmt das Geschehen seinen vorgesehenen Verlauf. Es ist mithin dem Erfordernis, daß es zur Tatverwirklichung der Mithilfe aller bedarf, nicht Genü-

---

1) Vgl Roxin S.3o1; hier and. Jescheck S.517; Stratenwerth Rdnr 884.
2) So außer Roxin etwa Gallas S.1o4.
3) Vgl Roxin S.278f.

ge getan.[1] Dementsprechend kann ein „Fluchthelfer", dessen Beteiligung sich - wie im Beispielsfall der „schlichten" Mitnahme - in einer untergeordneten, nebensächlichen Tätigkeit erschöpft, nicht als Täter einer Fremdentziehung belangt werden.

g. Wie im Vorstehenden aufgezeigt wurde, ermöglicht der Tatherrschaftsgedanke eine sachgerechte Beurteilung jener Fälle, in denen Minderjähriger und Außenstehender gemeinsam eine Beeinträchtigung der elterlichen Erziehungsmöglichkeiten bewirken: Fremdentziehung - und nicht Teilnahme an einer Selbstentziehung - liegt vor, wenn die Flucht das „Werk" des Hintermanns ist, dieser also die Tat kraft Willensherrschaft oder kraft funktioneller Tatherrschaft in der Hand hat.

9. In den bislang behandelten Fallgestaltungen war der Täter aktiv tätig geworden. Zu klären bleibt noch, ob das Merkmal des „Entziehens" auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann und welche Voraussetzungen im einzelnen gegeben sein müssen, damit im Sinne des § 235 ein Unterlassen einem positiven Tun gleich-gestellt werden kann.

a. Daß der Tatbestand des § 235 nicht nur durch aktives Tun erfüllt werden kann, wird von Rechtsprechung[2] und Leh-

---

1) Vgl vor allem Roxin S.280f; weiter Samson SK § 25 Rdnr 47; Stratenwerth Rdnr 884.
2) Vgl etwa RGSt 37/162,165; Rspr 10/74,79; BGH bei Dallinger MDR 1968/728; OLG Hamburg HESt 2/300,301; KG J Bd 24 C 67.

re[1] übereinstimmend bejaht. Eingehende Begründungen für diese Ansicht werden nicht gegeben. In der Tat erscheinen sie entbehrlich, folgt doch die Möglichkeit, ein „Entziehen" durch Unterlassen zu verwirklichen, aus den allgemeinen Grundsätzen für unechte Unterlassungsdelikte. Danach können auch durch Nichtabwendung des jeweiligen Erfolges die Straftatbestände verwirklicht werden, denen eine Verbotsnorm zugrunde liegt.[2] Wer pflichtwidrig nicht zur Erhaltung des durch die Verbotsnorm geschützten Rechtsgutes tätig wird,[3] kann als Täter bestraft werden. Dieser Grundsatz trifft ohne weiteres für den Fall des § 235 zu, weil die Vorschrift das V e r b o t enthält, die familienrechtlichen Befugnisse wesentlich zu beeinträchtigen.[4] Anderes hätte nur dann zu gelten, wenn das „Entziehen" eine Handlung wäre, die - wie etwa das falsche „Schwören" i.S. des § 154, das „Eingehen" einer Doppelehe (§ 171)[5] oder das „Herstellen" einer unechten Urkunde (§ 267 I, 1.Fall)[6] - schon b e g r i f f l i c h nicht durch ein Unterlassen begangen werden könnte. Eine derartige Ausnahme liegt indes nicht vor. Denn wie die schon früher[7] entwickelte Begriffsbestimmung des „Entziehens" zeigt, verlangt der Muntbruch im Unterschied zu den genannten Beispielen

---

1) Vgl statt aller aus der älteren Literatur Bindung LB S. 115 Fn 6; Frank § 235 Anm. II; Olshausen § 235 Anm 2 b,c und aus dem neueren Schrifttum Dreher § 235 Anm 3; Lackner-Maassen § 235 Anm 5;Schönke-Schröder § 235 Rdnr 5.
2) So die allgemeine Meinung, s.etwa Baumann LB § 16 II 4 a; Maurach AT § 45 I C 1; Mezger-Blei I § 23 III 2 b; Schönke-Schröder § 1 Vorbem 77; Wessels § 14 I 1.
3) So Maurach aaO.
4) S. RG Rspr 1o/74,78.
5) Beispiele von Mezger-Blei aaO; s.weiter Rudolphi S.63.
6) Dazu Schönke-Schröder § 267 Rdnr 63.
7) S. oben S. 6.

lediglich eine e r f o l g r e i c h e Beeinträchtigung elterlicher Erziehungsmöglichkeiten, setzt hingegen nicht einen in bestimmter Weise gegen die Vorschrift erfolgenden Verstoß voraus.[1] Die Tat nach § 235 kann damit ohne weiteres in Form eines unechten Unterlassungsdeliktes verwirklicht werden.

b. Bestehen somit keine Bedenken gegen die Zulässigkeit, auch im Bereich des Muntbruchs bei der strafrechtlichen Beurteilung g e n e r e l l an ein Unterlassen anzuknüpfen, so ist die entscheidende Frage die, ob den Täter eine Rechtspflicht zum Handeln trifft. Es kann nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, zu allen streitigen Punkten im Rahmen des Problemkreises, der die Garantenstellung umfaßt, Stellung zu beziehen. Im folgenden seien vielmehr nur allgemein anerkannte Grundsätze zur Garantenstellung an Hand von typischen Sachverhalten aus dem Fallbereich des § 235 konkretisiert. Die sich hierbei ergebende Problematik mögen drei Beispiele veranschaulichen:

(1) M pflegt regelmäßig, wenn er getrunken hat, seine Kinder zu prügeln. Sie werden deshalb, als er wieder einmal betrunken ist und sich anschickt, die Kinder zu schlagen, von seiner Frau F zu ihrer Mutter gebracht. F hält die Kinder dort versteckt, auch nachdem M seinen Rausch ausgeschlafen hat. M sagt sie, sie habe die Minderjährigen in einem Heim untergebracht.

(2) Der sechzehnjährige S flieht aus seiner Heimatstadt Nordhorn und bittet seinen Bekannten B in München, ihn aufzunehmen. Dazu ist dieser unter der Bedingung bereit, daß S bei einigen Einbrüchen mitmacht. Als die von den Eltern alarmierte Polizei S auf die Spur kommt, bestreitet B, irgendetwas vom Aufenthaltsort des Minderjährigen zu wissen.

(3) Abwandlung des vorhergehenden Falles: S läuft nicht von sich aus von Zuhause fort. Er wird vielmehr von D mittels einer List dazu bewogen und dann zu B gebracht.

Überprüft man die zahlreichen von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Entstehungsgründe für eine Garantenstellung, so kommen bei näherem Hinsehen für § 235 im wesentlichen nur

1) Für die Maßgeblichkeit dieses Abgrenzungskriteriums auch Rudolphi S.6o,63; Welp S.18,2o Fn 33.

zwei Quellen einer Handlungspflicht in Betracht:

Die eine - schon wiederholt praktisch bedeutsam gewordene[1] - ergibt sich aus gerichtlichen Anordnungen, das Kind dem Sorgeberechtigten herauszugeben. Da diese Anordnungen auf Grund gesetzlicher Bestimmungen (vgl § 1632 BGB, § 627 ZPO) ergehen, kann die durch sie begründete Handlungspflicht zur Kategorie der Garantenstellung kraft Gesetzes gerechnet werden. Behauptet etwa der Adressat der Entscheidung fälschlicherweise, keine Auskunft über den Aufenthaltsort des Minderjährigen geben zu können, muß er sich wegen Muntbruchs, begangen durch Unterlassen, verantworten.

Die andere wichtige Quelle einer Pflicht des Täters, beim Auffinden des Kindes mitzuwirken, kann sein vorangegangenes Tun bilden. Mit Fällen dieser Art hatten sich die Gerichte ebenfalls des öfteren zu befassen.[2] Sie hielten sich bei der Entscheidung, auch im Rahmen des § 235 sei zur Abwendung drohender Schäden verpflichtet, wer die Gefahr für den Eintritt schädlicher Folgen geschaffen habe, in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung[3], die diesen Grundsatz - unter weitgehender Zustimmung des Schrifttums[4] - zu einem Rechtssatz gewohnheitsrechtlicher Qualität entwickelte. Allerdings ist es auch heute noch eine weithin offene Frage, welche Anforderungen an die Vorhandlung zu stellen sind, damit sie eine Handlungspflicht auslöse. Der Streit dreht sich dabei insbesondere um die r e c h t l i c h e Q u a l i f i k a t i o n d e s V o r v e r h a l t e n s . Zwar wird allgemein anerkannt, daß es nicht darauf

---

1) Vgl dazu etwa RGSt 29/199, 2oo; RG Rspr 1o/74,79.
2) Vgl beispielsweise RGSt 24/133,14o; 37/162,165; 46/25,27f; RG Rspr 1o/74,49; HRR 1942 Nr 131; BGH bei Dallinger MDR 1968/728;OLG Hamburg HESt 2/3oo,3o1. Siehe auch die Übersicht bei Welp S.82f.
3) S. insbesondere RGSt 64/276; BGHSt 4/2o,22; 19/152.
4) Vgl etwa Baumann LB § 18 II 3c; Dreher § 1 Vorbem D I 4; Maurach AT § 46 III C 4; Schönke-Schröder § 1 Vorbem 119; Wessels § 14. Kritisch Welzel LB § 28 A I 4 a und Nds XII S.95.

ankomme, ob der Unterlassende die Gefahr schuldhaft oder schuldlos geschaffen habe.[1] Sehr umstritten ist aber, ob das gefährdende Vorverhalten rechtswidrig sein muß. Würde man die Frage verneinen und auch r e c h t m ä ß i g e s V o r v e r h a l t e n ausreichen lassen,[2] so würde im ersten der oben S. 111 angeführten Beispiele, in dem die Mutter die Kinder vor den Gewalttätigkeiten des betrunkenen Vaters rettet, das durch Nothilfe (§ 53) gerechtfertigte Verhalten eine Garantenposition der Mutter zur Wiederherstellung der väterlichen Erziehungsgewalt nicht von vornherein ausschließen.

Es mag dahinstehen, ob der Ausgangspunkt der Meinung, die rechtliche Qualität des Vorverhaltens sei gleichgültig, generell zusachgerechten Ergebnissen führt. Denn auch die entgegengesetzte Ansicht, die grundsätzlich ein p f l i c h t w i d r i g e s V o r v e r h a l t e n fordert,[3] macht bei D a u e r d e l i k t e n , wozu - wie gleich zu zeigen sein wird - auch die Tat gemäß § 235 gehört, eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Da die Eigenart dieser Delikte, wie etwa das Beispiel der Freiheitsberaubung deutlich macht, darin liegt, daß das geschützte Rechtsgut nicht nur einmal, sondern durch die Aufrechterhaltung des kriminellen Zustandes fortlaufend verletzt wird und daher die Verletzungshandlung erst bei der Wiederaufhebung des Zustandes ein Ende findet,[4] wird daraus zu-

---

1) Vgl statt aller Maurach AT § 46 III C 4.
2) So etwa Baumann LB § 18 II 3 c; Maurach AT § 46 III C 4; Welp S.262 ff.; 265 ff.
3) So BGHSt 23/327 (keine Garantenstellung des Notwehr Übenden); Dreher § 1 Vorbem D I 4; Rudolphi S.154 ff; Schönke-Schröder § 1 Vorbem 12o b,d; Welzel LB § 28 A I 4 a.
4) So die von der überwiegenden Meinung verwandte Formulierung, vgl. etwa Jescheck AT§66 II 3; Kohlrausch-Lange § 73 Vorbem II B 2; Maurach AT § 54 III A 1; Olshausen § 67 Anm 14 d,e; Schröder NJW 1966/1oo1,1oo2; Welzel LB § 29 II 2.

treffend gefolgert, daß denjenigen, der nicht pflichtwidrig den Dauerzustand geschaffen habe, eine Garantenstellung treffe, sobald der Grund für sein pflichtgemäßes Handeln wegfalle.[1)]

Daß der Muntbruch ein Dauerdelikt ist und der gerade skizzierte Gedankengang deshalb auch in seinem Fall Anwendung findet, folgt aus dem Sinn des § 235: In das letztlich dem Wohl des Minderjährigen dienende Sorgerecht kann nicht nur, wie die Ausführungen in den bisherigen Kapiteln gezeigt haben, durch Herstellung eines Zustandes eingegriffen werden, der die Eltern an der (potentiellen) Ausübung ihrer Befugnisse hindert. Denn darin erschöpft sich der Unrechtgsgehalt des Muntbruchs keineswegs. Solange nämlich die Minderjährigen dem Machtbereich der Sorgeberechtigten entrückt sind, könne diese ihre Befugnisse nicht ausüben. Je länger dies der Fall ist, um so mehr wird die bereits entstandene Beeinträchtigung der elterlichen Einflußmöglichkeiten intensiviert.[2)] Die Tat gemäß § 235 wird damit zu Recht von der ganz einhelligen Meinung als Dauerdelikt bezeichnet.[3)]

Für die hier interessierende Frage nach der Begründung einer Garantenpflicht aus vorangegangenem Tun hat diese Qualifizierung nach dem gerade Dargelegten mithin die Konsequenz, daß jeder verpflichtet ist, das elterliche Schutzverhältnis wiederherzustellen, der zuvor zur Herstellung oder Aufrechterhaltung des Störungszustandes beigetragen hat.[4)]

---

1) So ausdrücklich Schönke-Schröder § 1 Vorbem 12o c; s.a. Eser NJW 1965/377,38o; Maurach aaO; Welzel LB § 28 A I 4a. Kritisch steht der unterschiedlichen Behandlung von Zustands- und Dauerdelikten Welp (S.268 Fn 4o4) gegenüber.
2) So auch Schönke-Schröder § 1 Vorbem 123 a.
3) RG DR 1942/438,439; Berner S.529; Binding LB S.116; v. Buri GS Bd 27/517,525; Daude § 235 Bem 93; Dreher § 235 Anm 3;Fichtl S.66; Frank § 235 Anm. II; Gerland S.526; Hey S.37;Hoyer S.6o;Knitschky S.3oo; Mühlmann-Bommel § 235 Anm 2;Nippgen S.54f;Olshausen § 235 Anm 3 c; Oppenhoff-Delius § 235 Anm 11; Schaefer LK,8.Aufl,§ 235 Anm V 2; Schönke-Schröder § 235 Rdnr 21;Schwartz § 235 Anm 2,9; Wachenfeld S.348;Welp S.2of.
4) Vgl auch Hruschka GA 1968/193,198; Maurach aaO; Schröder NJW 1966/1oo1,1oo2.

Von dieser Grundlage aus läßt sich in allen drei Beispielsfällen ein „Entziehen" des jeweils die Auskunft über den Aufenthaltsort des Minderjährigen Verweigernden bejahen. In Fall 1, in dem F die Minderjährigen von den Schlägen des trunksüchtigen Vaters in Sicherheit brachte, war das Verhalten der Mutter zunächst gerechtfertigt: Auf Grund von § 53 durfte sie die Kinder von ihrem miterziehungsberechtigten Mann entfernen und den Trennungszustand solange aufrechterhalten, wie den Kindern Gefahren drohten. Sobald aber M wieder nüchtern wurde und damit die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes entfielen, war die Beeinträchtigung der väterlichen Erziehungsrechte nicht mehr zulässig. F war von diesem Augenblick an aus vorangegangenem Tun verpflichtet, die Miterziehungsgewalt des Vaters wiederherzustellen. Da sie dieser Pflicht unter Anwendung von List nicht nachkam, machte sie sich eines „Entziehens", begangen durch Unterlassen, schuldig.

Dieselbe Entscheidung wäre zu treffen, wenn der „Entziehende" aus anderen (objektiven und subjektiven) Gründen strafrechtlich nicht für die Herbeiführung des Trennungszustandes verantwortlich gemacht werden kann, sei es zunächst, daß er weder gewaltsam, noch unter Drohungen oder mit List[1] vorgeht, sei es ferner, daß er sich in einem den Vorsatz ausschließenden Irrtum (etwa über das Alter des Kindes, die alleinige Inhaberschaft des Personensorgerechts[2], das Einverständnis der Personensorgeberechtigten oder das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes[3] befindet, sei es schließlich, daß - bei Zugrundelegung der Schuldtheorie[4] - ein unvermeidbarer Verbotsirrtum einen Schuldvorwurf ausschließt. Macht der Täter dann gegenüber den nachforschenden Eltern oder der ermittelnden Polizei wahrheitswidrige Aussagen, kann er wegen „Entziehens" belangt werden.

---

1) Vgl RGSt 29/199,2oo; Kohlhaas UJ 1958/32o,326; Mühlmann-Bommel § 235 Anm 3.
2) Dazu BGH LM Nr 1 zu § 235;Olshausen § 235 Anm. 9.
3) Zu dieser Möglichkeit RG GA Bd 48/123; Olshausen aaO.
4) Vgl Schönke-Schröder § 59 Rdnr 86f.

Im Unterschied zu den gerade genannten Sachverhalten, bei denen der spätere Unterlassungstäter zwar nicht für sein aktives Tun zur Verantwortung gezogen werden kann, dieses aber immerhin ein „Entziehen" darstellt, können die Handlungsweisen, die den beiden anderen Beispielsfällen zugrunde liegen, noch nicht als „Entziehen" gewertet werden: Denn B, der den entlaufenen oder den von einem Dritten entzogenen Minderjährigen aufnimmt, greift nicht in die potentielle Ausübung des Sorgerechts ein[1], da die Eltern infolge des Selbst- oder Fremdentzugs ihres Kindes keine Möglichkeit mehr hatten, ihre Rechte auszuüben. Jedoch kann diese Besonderheit kein entscheidender Gesichtspunkt gegen den hier eingenommenen Standpunkt sein. Es ist nämlich nicht zu übersehen, daß jedenfalls durch die Aufnahme des Minderjährigen der zwischen ihm und seinen Eltern bestehende Zustand der Trennung a u f r e c h t e r h a l t e n bleibt oder sogar (wie in Fall 2) insoweit „vertieft" wird, als die Polizei den Minderjährigen bei Fremden nicht so leicht findet wie auf der Straße. Deshalb erscheint es im Blick auf den Schutzzweck des § 235 gerechtfertigt, auch das Verhalten des „hilfsbereiten" B zum Anknüpfungspunkt einer Handlungspflicht zu machen. Er hat folglich durch sein Ableugnen das Merkmal des „Entziehens" durch Unterlassen verwirklicht.[2]

Die vorangehenden Erörterungen haben damit aufgezeigt, welche Bedeutung gerade der Garantenstellung aus vorangegangenem Tun im Rahmen des § 235 zukommt. Sie erweist sich dabei als die notwendige Konsequenz des Tabus, mit dem die Rechtsordnung die noch nicht selbständigen Minderjährigen umgibt und sie dem „Herrschaftsbereich" der Sorgeberechtigten „zuordnet."

---

1) S. oben S. 24ff.
2) So auch Schönke-Schröder § 235 Rdnr 5.

III. Zusammenfassung

In den vorstehenden Erörterungen ist es u.a. unternommen worden, den Bereich abzustecken, in dem Eingriffe in das Sorgerecht als „Entziehen "zu werten sind. Dabei wurde die Tathandlung des § 235 (einschränkend) als „wesentliche Beeinträchtigung der tatsächlichen oder potentiellen A u s ü b u n g der familienrechtlichen Befugnisse" bestimmt. (S. 21ff). Für die hiernach erforderliche „Schwere" des Eingriffs kommt es maßgeblich darauf an, ob die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten für eine gewisse Zeitdauer ausgeschaltet werden (S.37ff). Sind diese Voraussetzungen gegeben, spielt es keine Rolle, ob der Täter ein neues Abhängigkeitsverhältnis über den Minderjährigen begründet oder nicht (S.75ff) und ob er seinen unmittelbaren „Zugriff" auf diesen selbst oder aber auf den Erziehungsberechtigten richtet (S.84ff). Ferner ist nicht notwendig, daß die Eltern von ihren Schützlingen räumlich (S.67ff) getrennt werden. Demgegenüber scheidet ein „Entziehen" aus, wenn die Sorgeberechtigten mit der „Wegnahme" des Kindes einverstanden sind (S.88ff) oder wenn die Manipulationen des Täters zum Verlust des Personensorgerechts führen (S.80ff).

B. Bedeutung des Merkmals „Entführen" im Sinne des § 236

I. Die Auslegung des Merkmals „Entführens"

Als Ausgangspunkt der Betrachtungen im zweiten Abschnitt der Arbeit möge folgender Fall dienen:

> Die sechzehnjährige M und ihr gleichaltriger Freund F besuchen die Oberschule. Ihre Hausaufgaben pflegen sie gemeinsam in F's Wohnung zu machen. Eines Tages überredet F nach Abschluß des „Pflichtpensums" das Mädchen, bei ihm die Nacht zu verbringen. Den nachforschenden Eltern erklärt F, M habe ihn zur gewohnten Stunde verlassen.

1.a.Ob in Fällen dieser Art der Eingriff in das elterliche Sorgerecht nicht nur als „Entziehen"[1], sondern auch als „Entführen" zu werten ist, erscheint höchst zweifelhaft. Denn wie schon eine flüchtige Durchsicht von Rechtsprechung und Literatur zeigt, wird F's Verhalten in aller Regel nicht zu den von § 236 erfaßten Handlungsweisen gerechnet:

Fordert man mit der herrschenden „D r e i e l e m e n t e n l e h r e "[2] für ein „Entführen" - etwa mit den Worten von RGSt 29/4o4,4o8,4o9-, daß die minderjährige Frau[3] durch Veränderung des Aufenthalts in eine Lage gebracht werde, in der sie - einem wirksamen elterlichen Schutz entzogen - der Gewalt des Täters preisgegeben sei, so entfällt im Ausgangsbeispiel ein „Entführen" schon mangels eines Wegbringens oder Fortführens.[4]

---

1) Dazu oben S. 131 ff.
2) RGSt 6/292,293; 16/391,392; 29/4o4,4o8; 39/214/215; 43/285,286; 58/276; BGH NJW 1966/1523; OLG Celle HESt 1/3o3, 3o5; BayObLG NJW 1953/1195.
Vgl im übrigen statt aller aus dem älteren Schrifttum Frank Anm II; Olshausen Anm 1; jeweils zu § 236 und § 237; aus dem neueren Schrifttum Mösl LK § 236 Rdnr 4 iVm § 237 Rdnr 3;Schwarz-Dreher (3o.Aufl)§ 237 Anm 4 iVm § 236 Anm 2.S.a. die (inhaltsgleichen) Begründungen zum E 196o,S. 324, und zum E 1962, S.352, sowie Horstkotte V S.2379.
3) Unter achtzehn Jahren.
4) So etwa Mösl LK § 237 Rdnr 3 iVm § 236 Rdnr 4.

Ein Zurückhalten oder Belassen der Minderjährigen am bisherigen Aufenthaltsort genügt auch nach einer z w e i t e n - früher nur vereinzelt[1] vertretenen, nunmehr allerdings im Vordringen begriffenen[2] - Auffassung nicht. Sie verwirft zwar das Kriterium der Begründung eines neuen Gewaltverhältnisses und damit die Dreielementenlehre, verlangt aber n e b e n dem Eingriff in das Sorgerecht immerhin noch eine-im Ausgangsfall nicht gegebene - A u f e n t h a l t s - v e r ä n d e r u n g .

Auf dieses letzte Merkmal verzichtet indes eine d r i t t e Meinung[3]. Deshalb hätte sie keine Schwierigkeiten, das Zurückhalten der Minderjährigen an ihrem jeweiligen Aufenthaltsort als „Entführen" einzustufen. Doch fordert sie a u ß e r einer Beeinträchtigung der elterlichen Befugnisse die Begründung eines n e u e n G e w a l t v e r h ä l t n i s s e s über die Minderjährige. Von einem solchen Verhältnis kann indes im Ausgangsfall keine Rede sein. Denn weder hat F seine Freundin in ein ihre Freiheit beschränkendes persönliches Abhängigkeitsverhältnis gebracht[4], noch ist sie auch nur F's ungehemmtem Einfluß ausgeliefert. Angesichts ihrer Möglichkeit, jederzeit den Freund zu verlassen, müßte man dem hier zwischen „Täter" und „Opfer" entstehenden Verhältnis „partnerschaftliche" Züge zusprechen. Dementsprechend würde auch die dritte Auffassung ein „Entführen" verneinen.

---

1) Etwa von Villnow S.1o9,118f.
2) Dreher § 236 Anm 2 A; Petters-Preisendanz § 236 Anm 2; Schönke-Schröder § 236 Rdnr 3;Schwarz S.16o.
3) Berner S.53o; v.Buri GS Bd 27/527; Gerland LB S.528 (Beispielfall); v.Liszt-Schmidt § 1o4 II 3; Meyer (bis zur 5.Auflage seines Lehrbuches) S.751.
4) So die Formulierung von Simson-Geerds S.239 Fn 93.

Bedenken gegen dieses allgemein vertretene Ergebnis sind bis vor kurzem nicht aufgetaucht. Das ist nicht weiter verwunderlich. Die gerade angeführten Ansichten gehen nämlich anscheinend von der allseits akzeptierten Notwendigkeit aus, die Tathandlungen der beiden Entführungstatbestände (§§ 236,237) möglichst einheitlich auszulegen. Deshalb übertragen sie die Merkmale der Ortsveränderung und der Begründung eines ungehemmten Einflusses über die Frau, die bekanntlich zur Definition der Entführung wider Willen herangezogen werden, auf den Bereich des § 236 und stellen sie dem „Eingriff in das Elternrecht" entweder kumulativ (so die „Dreielementenlehre") oder alternativ (so die „Zweielementenlehren") zur Seite. Sie berufen sich folglich zur Begründung ihres Verlangens, die Minderjährige müsse an einen anderen Ort gebracht werden, zunächst auf den „natürlichen und gebräuchlichen" Wortsinn des „Entführens"[1], in dem die Bedeutung des räumlichen Entfernens oder Wegschaffens mitklingt[2]. Ferner wird die Forderung, der Entführer müsse die Minderjährige seiner Gewalt unterwerfen, vor allem mit dem Hinweis auf das im Tatbestand der Entführung mit Willen ebenso wie in der bis 1969 gültigen Fassung des Frauenraubs anzutreffende subjektive Unrechtsmerkmal zu rechtfertigen versucht: Die Verwirklichung der Unzuchtsabsicht sei nicht vorstellbar, so führt Hausmann[3] aus, ohne daß sich die Minderjährige in der Gewalt des Täters befinde.

b. Gegenüber diesen Stellungnahmen, die damit von ihren jeweils variierenden Voraussetzungen her „Entführen" und „Entziehen" in unterschiedlicher Weise interpretieren, stellt sich neuerdings Welzel - davon ausgehend, daß § 237 ein De-

---

1) So ausdrücklich Hausmann S.19f; ebenso Gößler S.56; Heinemann S.32.
2) So Reidel S.19f.
3) S.28

likt gegen die geschlechtliche Freiheit, § 236 dagegen ein Spezialfall[1] des § 235 sei - auf dem Standpunkt, der Begriff der Entführung in § 236 und § 237 sei nicht derselbe: bei § 237 müsse der Entführer die Frau durch eine Ortsveränderung aus der ihr gewohnten Umgebung führen (so daß sie seinem ungehemmten Einfluß preisgegeben sei); bei § 236 hingegen komme es darauf an, daß die Frau dem Erziehungsberechtigten e n t z o g e n[2] werde.
Infolge seiner Gleichsetzung der Handlungen des Muntbruchs und der Entführung mit Willen muß Welzel im Beispielsfall, in dem der Täter mit der Minderjährigen an ihrem derzeitigen Aufenthaltsort z u r ü c k b l e i b t , ein „Entführen" annehmen. Dem widerspricht auch nicht sein - schon zuvor[3] als unberechtigt zurückgewiesenes - Verständnis des Kinderraubes, wonach „Entziehen" als „räumliche Trennung von einer gewissen räumlichen Erheblichkeit "[4] zu bezeichnen sei. Denn diese Formulierung verlangt, genau betrachtet, nur, daß der Täter, wie auch immer er sich verhält, ein „räumliches Moment" verwirklicht: entweder muß er die Minderjährige aus dem elterlichen Schutzbereich r ä u m l i c h e n t f e r n e n oder er muß sie von den Sorgeberechtigten r ä u m l i c h f e r n h a l t e n . Keinesfalls stellt sie indes die generell anerkannte Möglichkeit, den Muntbruch durch Unterlassen zu begehen, in Frage.

2. Von den unterschiedlichen Ansätzen, zu einer brauchbaren Definition des „Entführens" zu gelangen, erscheint allein Welzels Ausgangspunkt geeignet, eine tragfähige Grundlage

---

1) Zu beachten ist freilich, daß Welzel (LB § 3o II 1 d)- anders als die h.M.(dazu Maurach AT § 55 I B 3 b; Schönke-Schröder § 73 Vorbem 64)- den Begriff des Spezialdelikts auch in Fällen verwendet, in denen der begriffliche Umfang zweier Tatbestände formal auseinanderfällt, indes der Grundgedanke des einen Tatbestandes die spezielle Form des anderen ist.
2) Hervorhebung nicht im Original.
3) S. oben S.67 ff.
4) LB § 43 IV 1.

abzugeben. Denn welche Anforderungen an das Vorliegen dieses Merkmals zu stellen sind, muß sich in der Tat entscheidend nach dem geschützten Rechtsgut richten. Deshalb ist es nur dann sachgerecht, die Tathandlungen der beiden Entführungstatbestände übereinstimmend zu definieren, wenn den Vorschriften dasselbe Schutzobjekt zugrunde liegt.

Diese Ansicht wurde - wenn auch unter verschiedenem Blickwinkel - vornehmlich in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuches vertreten. Manche Autoren[1] maßen dabei dem Umstand, daß der Täter in der Absicht handeln müsse, die Frau zur Unzucht zu bringen, die größte Bedeutung bei und rechneten mithin die Entführungstatbestände zu den Sittlichkeitsdelikten. Im Gegensatz dazu legten andere[2] das Schwergewicht - entsprechend der systematischen Stellung der Delikte im achtzehnten Abschnitt - auf den Schutz der persönlichen Freiheit.

Beide Auffassungen werden indes dem eigentlichen kriminalpolitischen Zweck der Entführung mit Willen nicht gerecht. Zwar ist der ersten Meinung, die auch die Tat nach § 236 in die Gruppe der Vergehen gegen die Freiheit zur geschlechtlichen Selbstbestimmung einreiht, einzuräumen, daß der sexuelle Aspekt bei der Entführung mit Willen durchaus eine Bedeutung hat; sonst hätte der Gesetzgeber die Absicht sexueller Handlungen nicht als Deliktsvoraussetzung aufgestellt. Es geht aber hierbei nicht um einen A n g r i f f auf die sexuelle Freiheit der Entführten. Die Minderjährige muß nämlich mit der Handlung des Täters und dem von ihm verfolgten Ziel e i n v e r s t a n d e n sein.[3] Im Fall ihrer rechtserheblichen Zustimmung[4] kann damit ihre Freiheit im sexuellen Bereich nicht verletzt sein.

---

1) V. Buri GS Bd 27/526; Geyer Bd 3,S.6o9.
2) So etwa Villnow S.1o8f. Weitere Nachweise bei Gößler S. 72 ff.
3) Gößler S.77; Heinemann S.59.
4) Dabei ist es nicht unbedingt notwendig, daß die Minderjährige mit der Entführung und ihrem Zweck tatsächlich einverstanden ist. § 236 ist auch dann anwendbar, wenn der Entführer irrtümlich von einem Einverständnis des Mädchens ausgeht, so zutreffend BGHSt 24/168 mit zust. Anm Küper NJW 1972/646 und Schröder JR 1971/511;Dreher § 236 Anm 4;Schönke-Schröder § 236 Rdnr 5.

Eben dieser Umstand verbietet es aber auch, die Entführung einer Minderjährigen als Delikt gegen die persönliche Freiheit zu betrachten. Wenn die Entführte mit dem Vorhaben des Täters einverstanden ist, kann von einem Eingriff in ihre Freiheitssphäre keine Rede sein.
Vermögen damit jene Meinungen nicht zu überzeugen, die als Rechtsgutträgerin auch der Entführung mit Willen die entführte minderjährige Frau ansehen, so kommen als Schutzobjekt des § 236 aus den schon früher[1] angestellten Erwägungen heraus die - den Schutz der Minderjährigen bezweckenden - elterlichen oder sonstigen familienrechtlichen Befugnisse in Betracht.[2] Ebenso wie im Fall des Muntbruchs besteht das Charakteristi-kum der Entführung mit Willen darin, daß, worauf schon der Wortlaut des § 236 deutlich hinweist, der Täter in das zum Wohle der Kinder auszuübende Personensorgerecht eingreift. Während somit die „eigentliche Entführung"[3] des § 236 ein „Familiendelikt"[3] darstellt, schützt nach ganz herrschender[4] und auch zutreffender Ansicht die Vorschrift des Frauenraubes die Freiheit der Selbstbestimmung der Frau über ihr Geschlechtsleben.

---

1) S. oben S. 7ff.
2) So auch die ganz h.M.:Vgl aus der Rechtsprechung etwa RGSt 43/285,286; BGH NJW 1966/1523,1524; BayObLG NJW 1961/1o33.
Als Vertreter des älteren Schrifttums seien erwähnt Knitschky S.265f; v.Liszt-Schmidt § 1o4 III 2; Olshausen § 237 Anm 3 c. Aus dem neueren Schrifttum seien genannt Dreher § 236 Anm 1;Mösl LK § 236 Rdnr 2,(ungenau daher § 236 Rdnr 1);Schönke-Schröder § 236 Rdnr1;Schwarz S. 86ff;Simson-Geerds S.244.
Vgl auch die Diskussion im Sonderausschuß für die Strafrechtsreform,Prot V S.2873. Zu beachten ist ferner der Erste Schriftliche Bericht dieses Sonderausschusses,Bundestagsdrucksache V/4o94 in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages Band 129 S.35.
S. weiter Lackner Nds VIII S.184; Schwalm Nds VI S.25o; Begründungen zum E 196o,S.324 f,und zum E 1962,S.351 f; AE, Sexualdelikte,S.65. Vgl schließlich die Denkschrift zum E 1919, S.282, und die Begründung zum Gegenentwurf 1911,S.23o.
3) Termini von Gößler S.78.
4) Vgl statt aller BayObLG NJW 1961/1o33;Mösl LK § 236 Rdnr 1; Schönke-Schröder § 237 Rdnr 2; § 239 a Rdnr 6;Schwarz S.92ff,96.

Die Entführungstatbestände dienen mithin dem Schutz verschiedener Rechtsgüter. Trotz ihrer übereinstimmenden Formulierung der jeweiligen deliktischen Handlung ist deshalb eine einheitliche, „komplementäre" [1] Auslegung der fraglichen Bestimmungen nicht zwingend geboten. Gerade umgekehrt drängt sich der Gedanke auf, den verschiedenen Rechtsgütern durch eine entsprechend differenzierende Auslegung Rechnung zu tragen.[2] Daher müssen die Versuche der „Drei- oder Zweielementenlehren" , aus der Auslegung des Begriffes „Entführen" beim Tatbestand des Frauenraubes Maßstäbe für die Auslegung der „Entführung" im Sinne des § 236 zu gewinnen, Mißtrauen erregen. Inwiefern nämlich die im Bereich des § 237 verwendeten Merkmale der „Ortsveränderung" und der „Begründung eines neuen Gewaltverhältnisses" auf § 236 zu übertragen sind, bedarf einer lediglich am Schutzobjekt d i e s e r Vorschrift ausgerichteten Überprüfung.

a. Diese muß zunächst dazu führen, „Entführen" n u r als Eingriff in das Sorgerecht und damit als „einaktiges"[3] Geschehen zu begreifen. Zwar ist ebenso wie im Bereich des Muntbruchs nicht zu verkennen, daß die Minderjährige in eine besonders prekäre Lage gerät, wenn der Täter nach der Beeinträchtigung des elterlichen Schutzverhältnisses ein eigenes „Herrschaftsverhältnis" über sie errichtet. Man vergegenwärtige sich nur den schon wiederholt angeführten „Mädchenhändlerfall", in dem eine Siebzehnjährige mit einem Bekannten nach Tanger reist und dort infolge ihrer mangelnden Erfahrung in Abhängigkeit von ihrem „raffiniert-bedrängenden"[4] „Arbeitgeber" lebt. Die elterlichen Befugnisse, die Kindern vor sexuellen Abenteuern und daraus resultierenden Gefahren zu bewahren, werden aber nicht nur in diesen

---

1) So aber Horstkotte, Prot V S.2388, ohne nähere Begründung.
2) S. Sturm Prot V S.2873.
3) Vgl zu diesem Terminus oben S.76.
4) Hanack, Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik, S.92f,Rdnr 13o.

besonders krassen Fällen gestört. Allein dadurch nämlich, daß die Minderjährigen aus dem Machtbereich der Sorgerechtsinhaber e n t z o g e n werden, haben diese keine Möglichkeit mehr, nach dem Rechten zu sehen. So liegen die Dinge etwa in dem Fall, in dem eine knapp Achtzehnjährige auf Anraten des Freundes und mit seiner Hilfe das Elternhaus verläßt, um mit ihm in eine Kommune zu ziehen. Schon dadurch allein werden die elterlichen Einflußmöglichkeiten in empfindlicher Weise gestört.[1] Deshalb kann der Umstand, daß die Minderjährige nicht einem ungehemmten Einfluß ihres Freundes ausgesetzt wird, der Annahme eines „Entführens" nicht entgegenstehen.

Eine andere Entscheidung wäre allenfalls dann zu treffen, wenn der Wortlaut des § 236 die hier vertretene Lösung ausschlösse, der Ausdruck „Entführen" also notwendigerweise die Schaffung eines neuen Gewaltverhältnisses über die Minderjährige forderte. Daß dies indes keineswegs der Fall ist, hat schon Villnow[2] nachgewiesen. Wie er zu Recht betont, kann unter „Entführen" ohne weiteres lediglich ein „Führerlosmachen" oder „Loslösen von der bisherigen Führerschaft" verstanden werden. Demnach steht vom Wortlaut her nichts entgegen, auch solche Verhaltensweisen in den Bereich des § 236 einzubeziehen, die lediglich die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten ausschalten, ohne daß der Täter indes ein neues Gewaltverhältnis über die Minderjährige begründet. Folglich bestünden im Ausgangsbeispiel keine Schwierigkeiten, F's erfolgreichen Versuch, mit der Minderjährigen eine Nacht in seiner Wohnung zu verbringen, als „Entführen" zu qualifizieren.

Spricht mithin schon der Wortlaut des „Entführens" nicht gegen den Verzicht auf das Merkmal der Begründung eines neuen Gewaltverhältnisses, so kann für ein solches Merkmal auch nicht das subjektive Tatbestandsmerkmal des § 236 ins Feld geführt werden. Einmal erfordert die Realisierung der Ab-

---

1) Vgl oben S. 79f.
2) S. 118.
3) So auch Villnow aaO.

sicht, die Minderjährige zur Unzucht zu bringen, keinesfalls die Begründung eines anderen Gewaltverhältnisses.[1] Das zeigt der „Kommunefall"[2] zur Genüge. Aber selbst gesetzt den Fall, die Verwirklichung der Täterabsicht verlange tatsächlich ein Beherrschungsverhältnis - eben zu dieser Verwirklichung braucht es nicht zu kommen. Deshalb ist es nicht sachgerecht, das subjektive Tatbestandsmerkmal des § 236 zur Auslegung seiner Tathandlung heranzuziehen.

Von der Begründung eines neuen Gewaltverhältnisses als unabdingbarer Voraussetzung des „Entführens" sah bereits das Reichsgericht in RGSt 18/273 ab, ohne daß diesem Umstand allerdings entsprechende Beachtung geschenkt worden wäre. Das RG stellte in dieser Entscheidung die Voraussetzungen des früheren § 237 fest, obwohl es ausdrücklich das Vorliegen eines neuen Gewaltverhältnisses über die Minderjährige verneinte,[3] ein Umstand, der das Gericht zu einer ausführlichen Erörterung der Frage veranlaßte, ob in dem Verhalten des mit seiner Verlobten nach Amerika fliehenden Täter ein „Entziehen" liege.[4] Wenig später[5] bejahte der I. Strafsenat ebenfalls ein „Entführen", obwohl die Angaben des Sachverhalts kaum darauf schließen lassen, daß der Täter ein Gewaltverhältnis über die Minderjährige begründet hatte:[6] Der Angeklagte hatte einen Dritten „beauftragt", die zur Flucht bereite Minderjährige „mitzunehmen" und ihr an einem anderen Ort Unterkunft zu verschaffen.
Vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen läßt sich der Verdacht nicht ganz entkräften, daß auch die anderen Erkenntnisse des Reichsgerichts, die sich mit der Entführung Minderjähriger beschäftigen, das Kriterium des neuen Gewaltverhältverhältnisses nicht im strengen Sinne des Wortes verstanden.

---

1) So auch Villnow aaO.
2) Vgl oben S. 147.
3) RGSt 18/273.283.
5) RGSt 19/159.
4) aaO S.275.
6) Vgl auch die Kritik bei Frank ZStW Bd 12/277,313.

Der Abdruck der Sachverhalte, welche insbesondere den Entscheidungen in RGSt 16/391 und 29/4o4 zugrunde lagen, deutet vielmehr darauf hin, daß das Gericht das Erfordernis eines neuen Gewaltverhältnisses nur formelhaft - und möglicherweise aus Verbundenheit mit der bisherigen, an die Interpretation des § 236 aF angelehnten, traditionellen Auslegung des „Entführens" - aufstellte, es aber nicht näher substantiierte.

Für die in dieser Arbeit vertretene Ansicht lassen sich schließlich die Autoren in Anspruch nehmen, die - wie Fichtl[1] - auf die nahe Verwandtschaft des „Entführens" mit dem „Entziehen" aufmerksam machen oder - wie Lackner in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission[2] - auf die Notwendigkeit einer eigenständigen, vom Frauenraub unbeeinflußten Interpretation der Entführung Minderjähriger hinweisen. Lackner spricht in der Diskussion der Frage, ob beim Frauenraub die Frau in eine hilflose Lage gebracht werden muß und ob man dieses Merkmal möglicherweise an die Stelle des bisher verwendeten „Entführens" setzen sollte, einer etwaigen Lösung Auswirkungen auf das „Entführen" Minderjähriger ab: Da der Täter im Fall des damaligen § 237 das Kind den Sorgeberechtigten entführe, sei „die Herbeiführung einer hilflosen Lage des Kindes" (und - so ist zu ergänzen - damit das Pendant des Gewaltverhältnisses des Täters) „nicht erforderlich". In diesen Fällen habe der Begriff des „Entführens" „nur die Bedeutung des Entziehens". Konsequenterweise gibt Lackner seit der 5.Auflage das von ihm mitverfaßten Kommentars für die Tathandlungen des Frauenraubes und der Entführung Minderjähriger unterschiedliche Definitionen.[3]

---

1) S.41; vgl auch Knitschky S.285.
2) Nds VIII S.184.
3) Vgl Lackner-Maassen § 237 Anm 4 a aa(Entführen setze hier voraus, daß der Täter die Frau so in seine Gewalt bringe, daß sie seinem u n g e h e m m t e n E i n f l u ß preisgegeben sei); § 236 Anm 4(Die Minderjährige müsse d e m E i n f l u s s des Täters preisgegeben sein). Inkonsequent erscheint es, wenn Lackner-Maassen - anders als die Kommentierungen von Dreher, Petters- Preisendanz und Schröder (s.o.S.119 Fn 2)- für die Entführung Minderjähriger

Die gerade angeführten Belege aus Rechtsprechung und Literatur können damit nur die Richtigkeit der vorstehenden Erörterungen unterstreichen. Es lassen sich in der Tat keine überzeugenden Gründe dafür nennen, "Entführen" als zweiaktiges Geschehen aufzufassen und seine Vollendung von der Begründung eines neuen Gewaltverhältnisses über die Minderjährige abhängig zu machen. Vielmehr gebietet das Schutzobjekt des § 236 eine solche Auslegung, die schon den b l o ß e n Eingriff in die elterlichen Befugnisse pönalisiert.

b. Es bleibt weiter zu prüfen, wie das - von der h.M. zur Voraussetzung eines "Entführens" erhobene - Merkmal der Ortsveränderung mit einer am Rechtsgut orientierten Betrachtungsweise zu vereinbaren ist. Im Hinblick auf den Schutz, den § 236 dem Sorgerecht gewährt, liegt es für eine derartige Sicht der Dinge zunächst nahe, jegliche Störung dieses Rechts als "Entführen" zu bezeichnen. Daß dann aber - angesichts der Ausdehnung des Kreises möglicher Eingriffshandlungen - das räumliche Moment seinen Platz nicht zu behaupten vermag, ist ohne weiteres einsichtig.
Diese Aussage allein bedeutet indes noch keine endgültige Antwort auf die Frage, ob ein "Entführen" von einer Aufenthaltsveränderung abhängig gemacht werden sollte. Offen ist nämlich nach wie vor, ob Beeinträchtigungen des Sorgerechts, die ohne Ortsveränderung ablaufen, typischerweise von so geringer Intensität sind, daß sie als unterhalb der Schwelle zum strafbaren Bereich liegend anzusehen sind. Es muß m.a.W. geklärt werden, ob das räumliche Moment - unter der (soeben stillschweigend gemachten) Voraussetzung, § 236 erfasse nicht schon jede, sondern nur eine wesentliche Störung der Elternrechte - die Funktion der Typisierung der Wesentlichkeit einer Eingriffshandlung erlangt.

Fortsetzung der Anm 3 v. S.149: immerhin noch ihre Preisgabe an den Einfluß des Täters verlangen. Damit halten sie - ohne daß dies das Rechtsgut des § 236 geböte - das Erfordernis der Begründung eines neuen Gewaltverhältnisses - wenn auch in verflüchtigter und unklarer Form - aufrecht.

Was zunächst die Frage angeht, ob aus dem Anwendungsbereich des § 236 die Fälle einer nur unerheblichen Beeinträchtigung des Sorgerechts herauszunehmen sind, so ist eine derartige Eingrenzung der strafbaren Zone in der Tat zu machen. Das wird noch im einzelnen dargelegt werden.[1] Auf diese Ausführungen kann hier verwiesen werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist nur die Feststellung wichtig, daß sich die „Wesentlichkeit" einer Störungshandlung nicht durch das Merkmal der Ortsveränderung typisieren läßt. Denn wie bereits früher[2] dargetan, gewinnen die elterlichen Befugnisse ihre charakteristische Eigenart weder ausschließlich noch auch nur vornehmlich daher, daß sich die Minderjährige im Hause der Sorgeberechtigten aufhält. Folglich empfiehlt es sich im Fall des § 236 ebensowenig wie im Fall einer Kindesentziehung, ein räumliches Moment zur Voraussetzung der Strafbarkeit zu machen. Wie im übrigen das Ausgangsbeispiel deutlich zeigt, sind die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten nicht dadurch weniger beeinträchtigt, daß F seine Freundin in seiner Wohnung zurückhält. Auch deshalb wäre es sinnwidrig, würde über den Beginn der Strafbarkeit entscheiden, daß F die Minderjährige etwa in ein nahe gelegenes Haus bringt. Dementsprechend verwirklicht ebenfalls den Tatbestand des § 236, wer die

---

1) Vgl S. 159ff.
2) S. 7off.

Eltern der Jugendlichen fesselt, um mit dieser ein Wochenende in der elterlichen Wohnung verbringen zu können. Ebenso wie von § 235 werden von § 236 schließlich die Fälle erfaßt, in denen der Täter den Sorgeberechtigten die Aufsichts- oder Erziehungsrechte gegenüber einer außerhalb des räumlichen Machtbereichs weilenden Minderjährigen abschneidet, auch ohne daß er deren Aufenthaltsort verändert. Wollte man bei dieser wie den übrigen Konstellationen anders urteilen und dem Kriterium der Ortsveränderung eine maßgebliche Bedeutung beimessen, so wäre letztlich ein mehr oder weniger formales Moment ausschlaggebend, ein Kriterium, das nichts Entscheidendes zur Umreißung des eigentlichen Kerns des Entführungstatbestandes - nämlich eben des Schutzes des Sorgerechts - hergibt. Es bleibt mithin dabei, daß das Merkmal der Ortsveränderung die Funktion einer Typisierung der „Wesentlichkeit" eines Eingriffs in das Sorgerecht nicht zu übernehmen vermag.

Auch die Vertreter der Gegenmeinung müssen einräumen, daß das Erfordernis der Ortsveränderung „völlig gleiche Fälle"

trennt.[1] Trotzdem halten sie sich nicht für befugt, dem Schutzobjekt gerecht werdende Konsequenzen zu ziehen und die G e s a m t h e i t der Eingriffe in das Personensorgerecht in den Bereich des § 236 einzubeziehen.[2] Eine derartige Erweiterung des Tatbestandes der Entführung Minderjähriger sei Sache des Gesetzgebers.
Die ausdrückliche Ergänzung des Wortlautes von § 236 um den Fall des Zurückhaltens ist jedoch nur unter der Voraussetzung erforderlich, daß der Wortsinn des „Entführens" zwingend eine Aufenthaltsveränderung fordert. Das mag bejaht werden, solange man nur den gewöhnlichen oder gebräuchlichen Sinn des „Entführens" im Auge hat. Sobald man jedoch den Begriff in übertragener Bedeutung versteht und ihn - wie bereits erwähnt[3] - als „Führerlosmachen" oder „Loslösen von der bisherigen Führerschaft" bestimmt, werden ganz allgemein die Fälle erfaßt, in denen die Minderjährige schutzlos gemacht oder dem Herrschaftsbereich der Eltern entrückt wird.

Zu Gunsten einer solchen, sich am Z w e c k des § 236 orientierenden Wortinterpretation, der zufolge auch ein Zurückhalten der Minderjährigen als „ Entführen" bewertet werden kann, spricht zudem die Auslegung, die neuerdings der Begriff „Verlassen" im Sinne des § 221 findet. Ausgehend von dem Grundgedanken dieser Vorschrift, hilflose Menschen, die sich nicht selbst zu helfen vermögen, vor Gefährdung an Leib[4] oder Leben[5] zu bewahren, verwirft eine starke

---

1) So etwa Gößler, S.54 und 56, und Hausmann S.18f.
2) Näheres unten S. 159 ff.
3) Vgl oben S.147.
4) So seit jeher die Rechtsprechung- vgl nur RGSt 7/111; RG HRR 1941 Nr 367 und BGHSt 21/44,45f - unter Billigung eines Teiles der Literatur - so etwa von Dreher § 221 Anm 1; Olshausen §221 Anm. 2; Welzel LB § 4o I 2.
5) Für die Einengung des Tatbestandes auf diesen Fall eine stark im Vordringen befindliche Meinung.Vgl etwa Kohlrausch-Lange § 221 Anm I; Maurach BT § 4 I A; Lange LK 221 Rdnr 1;Schönke-Schröder § 221 Rdnr 1.

Mindermeinung[1] die lange unangefochtene Auffassung der noch h.M.[2], nach der das „Verlassen in hilfloser Lage" stets eine r ä u m l i c h e T r e n n u n g des Täters von der hilflosen Person voraussetzt. Demgegenüber weist sie darauf hin, daß es den Sinn des § 221 besser treffe, wenn der strafbare Bereich auf a l l e Fälle ausgedehnt werde, in denen der Täter nichts zu Gunsten seines in eine hilflose Situation geratenen Schützlings unternehme. Folglich hat die neuere Ansicht keine Bedenken dagegen, eine Krankenschwester wegen „Verlassens" zu bestrafen, die sich nicht um einen Kranken kümmert, und zwar unabhängig davon, ob sie das Zimmer verläßt oder - dort bleibend - nur keine Hilfe leistet.[3]

Mit diesem - zu billigenden - Ergebnis macht sich auch im Rahmen des § 221 - freilich zögernd - die Erkenntnis breit, daß es zweckwidrig wäre, nur einen Teil der das Rechtsgut verletzenden Handlungen unter Strafe zu stellen. Vielmehr kann es bei rechtsgutorientierter Betrachtungsweise in der Tat weder im Fall des § 221 noch in dem des § 236 einen entscheidenden Unterschied bedeuten, ob der Eingriff in das Sorgerecht ebenso wie die Gefährdung der hilflosen Person durch räumliche Trennung oder auf sonstige Weise herbeigeführt werden.

Für die hier vorgeschlagene Interpretation kann ferner der Umstand angeführt werden, daß die Rechtsprechung mitunter bereits ganz geringe Ortsveränderungen für ein „Entführen" ausreichen ließ. Zwar hatte das Reichsgericht in RGSt 29/4o4 versucht, einer derartigen Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 236 einen Riegel vorzuschieben. Es hatte nämlich ausgeführt, ein „Entführen" sei noch nicht anzuneh-

---

1) Etwa Maurach BT § 4 I B 2; Mezger-Blei II § 15 I 2; Schönke-Schröder § 221 Rdnr 7,7a,11; Welzel LB § 4o I 1b.
2) Vgl RGSt 1o/183,184; BGHSt 21/44,48f; Dreher § 221 Anm.4 B; Frank § 221 Anm III 2; Olshausen § 221 Anm 7.
3) Vgl außer den in Fn 1 Genannten RG DR 1941/193 und im Ergebnis auch BGHSt 21/44,47ff:Hier hatte die Mutter ihr Kind nicht schon durch die räumliche Entfernung von ihm in einen Zustand der Hilfslosigkeit versetzt.Vielmehr lag nach Ansicht des BGH das strafbare „Verlassen" darin, daß die Täterin nach Eintritt einer hilflosen Lage für ihr Kind nicht zu ihm z u r ü c k k e h r t (abl.z.B.Dreher § 221 Anm. 4B).

men, wenn die Minderjährige aus einem Zimmer in ein anderes Zimmer derselben Wohnung oder aus einem Teile eines überall frei zugänglichen kleinen Gebäudes nach einem anderen Teile dieses Gebäudes gebracht würde.[1] Freilich räumte das Gericht selbst ein, daß bei ganz besonderen Umständen eine abweichende Auffassung gerechtfertigt sein könnte, und schränkte damit seinen Grundsatz sofort wieder ein. Deshalb konnte sich auch der BGH in seinem Urteil vom 1o.5.1966[2] auf jene reichsgerichtliche Entscheidung berufen, obwohl der Abstand zwischen altem und neuem Aufenthaltsort der Minderjährigen nicht besonders groß war: Der Angeklagte hatte eine vierzehneinhalbjähriges Mädchen auf der Straße angesprochen und zunächst ohne geschlechtliche Absichten in die Küche des Elternhauses gebracht. Von hier aus hatte er es später, nunmehr zu geschlechtlichen Zwecken, in ein abgelegenes, unbewohntes Zimmer des Nebengebäudes (eines Schlachthauses) geführt.
Ungeachtet der geringen Entfernung zwischen beiden Gebäuden- sie betrug nur wenige Meter - nahm der BGH eine „Aufenthaltsveränderung" im Sinne des § 237 aF an, vor allem deshalb,[3] weil den Eltern damit „praktisch die Möglichkeit genommen war, rechtzeitig ihr Aufsichts- und Erziehungsrecht auszuüben". Ist dies aber der maßgebliche Gesichtspunkt , so ist es nur noch ein kleiner Schritt, bei entsprechender Sachlage ganz auf das formale Kriterium der Aufenthaltsveränderung zu verzichten.

Für eine solche Auslegung des „Entführens" sprechen nicht zuletzt die E n t w ü r f e eines Strafgesetzbuches aus den Jahren 1925 (Reichsratsvorlage) und 1927 (Reichstagsvorlage). Zwar sind sie lediglich Entwürfe geblieben, die in dieser Form nicht in die Wirklichkeit des StGB umgesetzt worden sind. Diese Tatsache gebietet aber nicht, an ihnen acht-

---

1) RGSt 29/4o4,4o8.
2) NJW 1966/1523 = GA 1967/54.
3) BGH NJW aaO S. 1524. Zust.Dreher § 236 Anm 2A; Lackner-Maassen § 236 Anm 4;Maurach Nachtrag S.12;Mösl LK § 236 Rdnr 4 iVm § 237 Rdnr 3;Pfeiffer-Maul-Schulte § 237 Rdnr 1;Schönke-Schröder § 236 Rdnr 3.

los vorüberzugehen, geben sie doch- Frucht jahrelanger Vorarbeiten - Aufschluß über eine mögliche Auslegung der in Kraft befindlichen Vorschriften. Als Handlungen sehen § 281I des E 1925 bzw § 313 I des E 1927 ein E n t z i e h e n vor. § 281 IV sowie § 313 III regeln dann die Strafverfolgungsmöglichkeit. Hierzu wird vorgeschlagen, daß die Tat grundsätzlich nicht verfolgt wird, falls sie „durch die E n t f ü h r u n g einer Minderjährigen" begangen wird und der Täter die E n t f ü h r t e heiratet. Die Motive für diese unterschiedliche Wortwahl bleiben indes im dunkeln. Jedenfalls gibt die jeweilige Begründung der Entwürfe darüber keine Auskunft. Dennoch verbietet es sich, aus jener Wortwahl divergierende Auslegungen der deliktischen Handlungen abzuleiten und je nach dem Geschlecht des Minderjährigen dessen räumliche Trennung vom Sorgeberechtigten für erforderlich zu halten oder nicht. Dazu besteht schon deshalb kein Anlaß, weil die geplanten Vorschriften in ihrem Wesen „dem Schutz der Erziehungsberechtigten"[1] dienen sollten. Deren Interessen werden jedoch ganz unabhängig von der Art und Weise berührt, die der Täter für seinen Eingriff in das Sorgerecht wählt.

Nicht nur den gerade genannten Textstellen läßt sich die angestrebte Gleichbehandlung der Tathandlungen des Muntbruchs und der Entführung mit Willen entnehmen. Dieselben Formulierungen finden sich auch in § 273 des von Radbruch im Jahre 1922 vorgelegten Entwurfes. Auch § 313 des E 193o übernimmt diese Fassung, ebenso der E 1935 in § 2o1. Vorher schon hatte der Gegenentwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1911 dem Charakter der § 235 und § 237 aF Rechnung getragen.[2] Er sah als entscheidendes Kriterium die E n t z i e h u n g des Minderjährigen aus dem Machtbereich des Personensorgeberechtigten an und faßte daher die Vorschriften in einem Tatbestand zusammen, dessen Tat-

---

1) Vgl Begründung zu § 281 des E 1925, S.143,und Begründung zu § 313 des E 1927,S.155.
2) Vgl Nippgen S.7o.S.weiter Kronecker S.3o1.

handlung in der hier interessierenden Alternative ein E n t z i e h e n war. Schließlich gibt das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25.6.1969 einen, wenn auch knappen, Hinweis auf die Möglichkeit, die fraglichen Tathandlungen übereinstimmend auszulegen. Durch die Umstellung der beiden Entführungstatbestände wird äußerlich der enge Zusammenhang des Schutzobjekts des § 236 mit dem des § 235 sichtbar. [1] Dadurch wird gleichzeitig deutlich, daß die die Entführung einer Minderjährigen pönalisierende Vorschrift nicht länger mehr als „Anhängsel" einer den Frauenraub bestrafenden Bestimmung aufgefaßt werden kann.

Nach alledem bestehen keine durchschlagenden Bedenken dagegen, in Abweichung von der h.M. das Kriterium der Aufenthaltsveränderung aus der Definition des „Entführens" zu streichen und demgemäß ein Z u r ü c k h a l t e n der Minderjährigen an ihrem bisherigen Aufenthaltsort nicht von vornherein aus dem strafbaren Bereich herauszunehmen. Nur so kann man die Auslegung der Merkmale „Entführen" und „Entziehen" sinnvollerweise koordinieren, nicht jedoch dadurch, daß das formale Kriterium der räumlichen Trennung von § 236 auch auf § 235 übertragen wird. [2]

3. Damit läßt sich als E r g e b n i s der vorstehenden Darlegungen folgendes festhalten: Die Tathandlung des § 236 muß entsprechend der Schutzrichtung dieses Delikts „eindimensional" ausgelegt werden. Es kommt einzig und allein auf einen Eingriff in das Personensorgerecht an. Weder braucht der Täter über die Minderjährige ein neues Gewaltverhältnis zu errichten, noch muß er ihren Aufenthaltsort verändern. Die Begriffe „Entziehen" und „Entführen" sind demgemäß z w e i Ausdrucksweisen des Gesetzes , die d e n s e l b e n sachlichen Gehalt haben. Die unter-

---

1) Vgl Sturm NJW 1969/1606,1610;Prot V 2873.S.weiter den Ersten Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform,Bundestagsdrucksache V/4094 in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages Band 129 S.35.
2) S.oben S.67 ff.

schiedliche Terminologie der jeweils gegen das Elternrecht gerichteten Tathandlungen sollte deshalb nicht stören, weil das Strafgesetzbuch Rücksicht nahm auf die gemeinrechtliche Lehre, nach welcher nur Frauen „entführt" werden konnten.[1)]

Erfassen somit § 235 wie § 236 auch dieselbe Anzahl möglicher Eingriffshandlungen in das Sorgerecht, so sind die beiden Vorschriften doch unterschiedlich ausgestaltet. Zunächst deckt sich die Zahl der „Tatobjekte" nicht. Während bei § 235 Minderjährige beiderlei Geschlechts entzogen werden können, kann die Entführung mit Willen nur an minderjährigen unverehelichten Frauen begangen werden. Weiterhin fordert allein § 235, daß die Tat unter Anwendung bestimmter Mittel durchgeführt wird. Im Rahmen des § 236 braucht sich hingegen der Täter des Mittels der Gewalt, Drohung oder List nicht zu bedienen. Auch hinsichtlich der Einstellung der minderjährigen Person, die entzogen wird, ergeben sich Abweichungen voneinander. Während bei § 235 die Haltung des Minderjährigen gleichgültig ist, verlangt § 236 ausdrücklich die Einwilligung der Entführten. Schließlich folgt ein Unterschied daraus, daß § 236 schon im „Grundtatbestand" als subjektives Merkmal die Absicht des Täters voraussetzt, die Minderjährige zur Unzucht zu bringen. Bei § 235 indes ist diese Absicht kein die Strafbarkeit begründendes Merkmal. Sie wirkt sich hier in aller Regel, vgl § 235 II 2, als straferhöhender Umstand aus.

Dieser knappe Überblick über die Unterschiede zwischen Muntbruch und Entführung mit Willen mag genügen. Darauf wird im letzten Abschnitt der Arbeit zurückzukommen sein. Vorher gilt es indes, die Konsequenzen der hier vorgenommenen Auslegung des Begriffs „Entführen" zu ziehen.

---

1) Dazu oben S.77f.

II. "Entführen", ein Eingriff in das Sorgerecht

Wie die bisherigen Untersuchungen gezeigt haben, sind die Tathandlungen der §§ 235 und 236 übereinstimmend auszulegen: Im einen wie im anderen Fall kommt es allein auf die Beeinträchtigung der familienrechtlichen Befugnisse an. Dieses - in Abweichung von der h.M. gewonnene - Ergebnis führt zwangsläufig dazu, die Probleme, die im Rahmen des § 236 auftauchen, entsprechend dem zum Muntbruch Dargelegten zu behandeln. Deshalb ist es möglich, die folgende Übersicht durch Verweisung auf früher Gesagtes kurz zu fassen.

1. Das gilt zunächst für die Frage, ob für das Merkmal "Entführen" allein der Eingriff in das Erziehungsrecht genügt[1] mit der Folge, daß eine Handlung immer dann schon von § 236 erfaßt würde, wenn sie ohne Einverständnis der Sorgeberechtigten vorgenommen worden wäre. Nach dem im ersten Abschnitt der Arbeit Ausgeführten[2] wird eine solche Auslegung dem Zweck der Vorschrift nicht gerecht. Vielmehr muß wie bei § 235 entscheidend sein, ob durch den Eingriff in das Erziehungsrecht die elterlichen Betreuungs m ö g l i c h k e i t e n beeinträchtigt werden. Daher fällt auch im Rahmen des § 236 nur der Eingriff in die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Sorgerechts in den strafbaren Bereich.[3]

2. Liegen die soeben genannten Voraussetzungen vor, greift also der Täter - etwa durch eine abendliche Autofahrt, zu der er seine siebzehnjährige Freundin einlädt - in die elterlichen Einflußmöglichkeiten ein, so ist ein "Entführen" nicht

---

1) So anscheinend RG JW 1905/243; RGSt 43/285,286; BayObLG NJW 1961/1033; vgl auch Heinemann S.34; Hey S.50.
2) S.19ff.
3) In diesem Sinne der Leitsatz von RGSt 6/292; s. weiter den in RGSt 29/404,405 entschiedenen Fall: Die Minderjährige hielt sich vor der Tat bei den Großeltern auf.

von vornherein auszuschließen. Es muß aber noch geprüft werden, ob sich § 236 schon auf jeden belanglosen Eingriff in die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Sorgerechts erstreckt oder ob die Vorschrift nur Eingriffe von besonderem Gewicht bestraft. Anders als bei § 235, in dessen Bereich jedenfalls im Grundsatz Einigkeit darüber besteht, daß nur wesentliche Beeinträchtigungen der elterlichen Einwirkungsmöglichkeiten - d.h. solche, die zumindest eine „gewisse Zeit" andauern - als „Entziehen" bewertet werden können, wird die Frage bei der Entführung mit Willen nicht einheitlich beantwortet. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts[1] hat sich unter Zustimmung eines Teils des Schrifttums[2] auf den Standpunkt gestellt, die Minderjährige brauche nicht für bestimmte längere Zeit aus der elterlichen Gewalt entfernt gewesen zu sein. Es genüge vielmehr eine solche Dauer, die dem Entführer die Möglichkeit gebe, seine Ziele zu verwirklichen. Eine nähere Begründung für diese Ausdehnung des § 236 auf nur vorübergehende Eingriffe in das Obhutsverhältnis wird indes nicht gegeben. Erklären ließe sich eine solche Ansicht allenfalls mit dem - schon zuvor[3] erwähnten - Bestreben, die Tathandlungen der Entführung mit Willen und des Frauenraubes übereinstimmend auszulegen.[4] Denn im Fall des § 237 spielt das Zeitmoment für das Merkmal „Entführen" in der Tat keine besondere Rolle.[5] Freilich würde eine sol-

---

1) So ausdrücklich RGSt 29/4o4,4o9.
2) Vgl Oppenhoff-Delius § 237 Anm 6 iVm § 236 Anm 6;Schönke-Schröder § 236 Rdnr 3; wohl auch Pfeiffer-Maul-Schulte § 237 Anm 1aE.
3) Oben S.142ff.
4) Diese Vermutung äußert auch Schwarz,S.161.
5) Vgl aus der Rechtsprechung etwa BGHSt 22/178;BGH NJW 1967/1765; 1969/1774 mwN sowie aus dem Schrifttum Dreher § 237 Anm 2 A; Mösl LK § 237 Rdnr 3;Schönke-Schröder § 237 Rdnr 7.

che Gleichbehandlung den unterschiedlichen Schutzobjekten der beiden Entführungstatbestände nicht gerecht.[1] Anders als der Frauenraub, der dem Schutz der Selbstbestimmung der Frau über ihr Geschlechtsleben dient, bezweckt nämlich die Entführung mit Willen, die elterlichen Betreuungsmöglichkeiten zu schützen. Diese aber sind ihrer Natur nach auf Dauer angelegt. Ein nur vorübergehender Eingriff kann deshalb - ebensowenig wie im Rahmen des Muntbruchs - die Ziele, die die Eltern mit der Erziehung ihres Kindes anstreben, aufs Ganze gesehen nicht vereiteln.[2] Das gilt - im Gegensatz zu Dreher[3] - auch dann, wenn der Eingriff in das Sorgerecht an sich auf längere Dauer gerichtet war, tatsächlich aber nicht eine besonders lange Zeitspanne erreicht hat. Denn entscheidend ist nur die Zeit der L ö s u n g des elterlichen Obhutsverhältnisses. Daher läßt neben dem BGH[4] die wohl überwiegende Meinung der Literatur[5] zu Recht eine nur vorübergehende Entfernung der Minderjährigen aus dem elterlichen Schutzverhältnis nicht für ein „Entführen" ausreichen. Dieses Merkmal fordert im Gegenteil, daß „die Minderjährige der Einflußnahme der Sorgeberechtigten für eine gewisse Dauer[6] entzogen wird."[7] Folglich macht sich nicht nach § 236 strafbar, wer etwa eine Minderjährige in einen einsamen Wald mitnimmt, um dort mit ihr geschlechtlich zu verkehren.[8]

---

1) Vgl im einzelnen S. 144f.
2) Vgl oben S.51 ff.
3) § 236 Anm 2 A.
4) Urteil vom 18.2.197o- 2 StR 58o/69(unveröff.).
5) Heimann-Trosien LK § 236 Rdnr 4; Lackner-Maassen § 236 Anm 4 a; Petters-Preisendanz § 236 Anm 2;Roth-Stielow NJW 1966/1496,1497;Schaefer LK, 8.Aufl,§ 237 Anm II 2; Schwarz S.161f.
6) Zur Konkretisierung dieses Erfordernisses vgl. oben S.46f.
7) So der BGH aaO S.6.
8) So auch Dreher § 236 Anm 2A unter Berufung auf die in Fn 4 zitierte Entscheidung des BGH.

3.a. Sind in den vorangeganenen Erörterungen schon wiederholt die Parallelen aufgezeigt worden, die zwischen der Auslegung der Merkmale des „Entziehens" und des „Entführens" bestehen, so kann grundsätzlich nichts anderes gelten für die Frage, ob das Einverständnis der Personenrechtsinhaber (oder in Ausnahmefällen ihrer Vertreter[1]) ein „Entführen" ausschließt. Ob dies der Fall ist, könnte allerdings auf den ersten Blick zweifelhaft sein. Jedenfalls spricht bei flüchtiger Betrachtung der Wortlaut des § 236 gegen ein solches Ergebnis. Er enthält nämlich die Wendung, die Minderjährige müsse „ohne Einwilligung ihrer Eltern... entführt" werden. Diese Ausdrucksweise deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber hier möglicherweise von z w e i Tatbestandsmerkmalen ausging, die gesondert festgestellt werden könnten und müßten. Demnach könnte es auch eine Entführung Minderjähriger m i t Einwilligung der Sorgeberechtigten geben.
Jedoch ist die Fassung einer Bestimmung nur ein schwaches Indiz für das richtige dogmatische Verständnis ihrer einzelnen Merkmale. Deren Verhältnis zueinander läßt sich letzten Endes nur unter Beachtung des jeweiligen Schutzobjektes klären. Der Blick auf das Rechtsgut des § 236[2] zwingt aber dazu, dem Merkmal „ohne Einwilligung der Eltern.." eine eigenständige Bedeutung abzusprechen. Da die Erziehungsberechtigten vor Eingriffen in ihre Befugnisse geschützt werden, scheidet ein „Entführen" notwendigerweise aus, wenn sie jener Handlung des Täters zustimmen. Von einer „Beeinträchtigung" der elterlichen Rechte kann dann keine Rede mehr sein.[3]

Schließt somit das Einverständnis der Sorgeberechtigten mit dem Handeln des Täters - wie bei § 235 - bereits den Tatbe-

---

1) S.o. S.91ff.
2) Vgl oben S.145f.
3) S.o. S.9of; Hausmann S.68; Olshausen § 237 Anm 3b; Petters-Preisendanz § 236 Anm 3; Schwarz S.88f; Welzel LB § 43 IV 2 a.

stand aus, so können die im Rahmen des Muntbruchs entwickelten Grundsätze über die Bewertung einer fehlerhaften elterlichen Zustimmung auf den Bereich der Entführung mit Willen übertragen werden. Das hat zunächst zur Folge, daß die durch G e w a l t oder (qualifizierte) D r o h u n g abgenötigte Zustimmung der Eltern unbeachtlich ist, so daß die Entfernung der Minderjährigen aus dem elterlichen Schutzbereich als „Entführen" strafbar bleibt.[1] Dieses Ergebnis soll auch in Fällen gelten, in denen den Sorgeberechtigten das Einverständnis abgelistet wird,[2] zumindest dann, wenn der Täter die Eltern über die von ihm verfolgte Unzuchtsabsicht im unklaren läßt:[3] Würde man ein erschlichenes Einverständnis schlechthin für unbeachtlich halten, so könnte etwa das Einverständnis eines Vormundes dann nicht ein „Entführen" ausschließen, wenn der Sorgeberechtigte zwar die Unzuchtsabsicht kennt, dem länger dauernden „Vorhaben" des Täters aber nur deshalb zugestimmt hat, weil er von diesem in den irrigen Glauben versetzt wurde, er würde für seine Großzügigkeit entlohnt werden.[4] Spräche man einem Einverständnis die Wirksamkeit wenigstens dann ab, wenn es der Täter durch Täuschung über die von ihm ins Auge gefaßte Unzuchtsabsicht erlangt, so machte sich nach § 236 strafbar, wer den Eltern vorspiegelt, mit der fünfzehnjährigen Tochter an einer einwöchigen Gruppenwanderung durch Finnland teilzunehmen, in Wirklichkeit aber die Freundin zu Unzuchtszwecken mit in das Landhaus von Bekannten nimmt.

Wie indes die Ausführungen zu den Parallelfragen im Rahmen des § 235 gezeigt haben, würde es dem Zweck dieser Vorschrift nicht gerecht werden, wollte man in Fällen der vorliegenden Art den Täter ohne weiteres wegen Muntbruchs zur Rechenschaft ziehen.[5] Da § 236 ebenfalls dem Schutz der

---

1) Vgl S.98 ff.
2) So etwa Olshausen, § 237 Anm 3 b, und Welzel, LB § 43 IV 2 a.
3) So etwa Dreher § 236 Anm 2C; Mösl LK § 236 Rdnr 6; Schönke-Schröder § 236 Rdnr 6.
4) Im Gegensatz zu Olshausen und Welzel (vgl Fn 2) treten für Straflosigkeit ein: Gößler S.65; Hausmann S.75; Heinemann S. 4o; Oppenhoff-Delius § 237 Anm 3 v. Schwarze § 237 Anm. 2, Schwartz § 237 Anm 4.
5) Oben S. 1o1 ff.

tatsächlichen und potentiellen Ausübung des Sorgerechts vor wesentlichen Beeinträchtigungen dient, erscheint es sachgerecht, jene für § 235 herausgestellten Gesichtspunkte für den Bereich der Entführung mit Willen zu übernehmen und dementsprechend wie folgt zu unterscheiden: Bleibt den Eltern infolge der Täuschung außer den Unzuchtsabsichten des Täters auch- und das ist entscheidend - der Umstand verborgen , daß ihre Tochter für gewisse Zeit ihren Betreuungsmöglichkeiten entzogen wird, so kann von einem wirksamen Rechtsgutsverzicht der Erziehungsberechtigten nicht gesprochen werden. Folglich vermag ihre abgelistete Zustimmung ein „Entführen" nicht auszuschließen.[1] Erkennen indes die Eltern trotz der Täuschung des Täters, daß die von ihnen gebilligte Aktion ihre Einflußmöglichkeiten für eine nicht bloß vorübergehende Zeit ausschaltet, kann von einer das Rechtsgut des § 236 betreffende Täuschung keine Rede mehr sein. Ein „Entführen" muß daher selbst dann entfallen, wenn der Täter - in Abweichung vom „erlaubten" Weg - die Minderjährige zu Unzuchtszwecken fortführt.[2]

Erwähnt sei schließlich der Fall, daß die Erziehungsberechtigten infolge eines I n h a l t s - oder E r k l ä r u n g s i r r t u m s dem Plan des Täters ihren Segen erteilen. Auch hier muß ihr Einverständnis unbeachtlich bleiben. Denn ein Wille zur Beeinträchtigung der eigenen Rechte ist gerade nicht vorhanden.[3]

b. Konnten sich die bisherigen Erörterungen maßgeblich auf die Lösungen stützen, die bereits zur Auslegung des Merkmals „Entziehen" gewonnen wurden, so bleibt im folgenden eine Fallgestaltung zu beurteilen, die bislang noch keine Erwähnung fand. Gemeint ist die Möglichkeit einer g e n e r e l -

---

1) Vgl S. 1o3f.
2) Vgl S. 1o4.
3) Vgl S. 1o7f.

l e n elterlichen Zustimmung.[1] Man verdeutliche sich die Problematik an dem Fall, in dem weder eine positive noch eine negative Willensäußerung der Eltern vorliegt und der Täter das siebzehnjährige Mädchen nicht nur vorübergehend von seinem Aufenthaltsort entfernt, es z.B. in Abwesenheit der Eltern aus der elterlichen Wohnung für mehrere Tage in seine eigene bringt.[2]

In Fällen der vorliegenden Art will Schröder[3] dann eine „Entführung" ausschließen, wenn sie den zeitlichen und räumlichen Bereich nicht überschreitet, welcher der Jugendlichen von den Eltern zur eigenen Disposition überlassen worden ist. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hänge von den Umständen, insbesondere auch vom Alter der Entführten ab.

Diese Ausführungen haben zu Recht die Zustimmung Maurahhs[4] gefunden. Denn die Eltern können in der Tat ihren Kindern Freiheiten einräumen, die diesen gestatten, in eigener Disposition über ihr Verbleiben zu entscheiden mit der Folge, daß in solchen Fällen das elterliche Sorgerecht - auf Grund generellen Einverständnisses - von vornherein nicht betroffen ist. So unbestritten diese Erkenntnis ist, so ist doch mit ihr nur ein erster Schritt auf dem Wege zu einer praktischen Fallösung getan. Besondere Schwierigkeiten tauchen nämlich sofort auf bei der Feststellung der Grenzen, innerhalb deren die Sorgeberechtigten den Minderjährigen Dispositionsmöglich-

---

1) Diese Möglichkeit besteht zwar auch bei § 235, hat dort jedoch nur Bedeutung in den seltenen Fällen, in denen der Täter die Mittel der Gewalt, Drohung oder List gegen Dritte einsetzt. Der im Text behandelten Frage kommt indes keine besondere Bedeutung zu, wenn der Täter gegen die Sorgeberechtigten oder den Minderjährigen vorgeht:Richtet der Täter die Tatmittel gegen die Eltern, so kann in aller Regel nicht davon gesprochen werden, daß diese dem Minderjährigen einen bestimmten Bereich zur eigenen Gestaltung freiwillig überlassen haben. Wendet sich der Täter gegen den Minderjährigen, so entfällt regelmäßig dessen freier Dispositionsakt.

2) Vgl auch das Beispiel von Schröder, Schönke-Schröder § 236 Rdnr 8.

3) AaO.

4) Nachtrag S.1o.

keiten zugestehen. Angesichts der Vielfalt denkbarer Ausgestaltungen der Eltern-Kind-Beziehungen wird sich auf diese Frage nur eine an Hand der Umstände des jeweiligen Falles zu beurteilende Antwort geben lassen. Von Bedeutung für die Entscheidung, ob tatsächlich das elterliche Sorgerecht „beeinträchtigt" oder ob der Bereich des der Minderjährigen eingeräumten eigenverantwortlichen Handelns betroffen ist, dürfte insbesondere auch das Alter der Minderjährigen sein. Denn es liegt auf der Hand, daß die Eltern den älteren Kindern auf Grund deren Reife und der inzwischen gewonnenen Selbständigkeit eher die Möglichkeit zur eigenen Entscheidung einräumen als jüngeren. Doch können auch diese schon befugt sein, in den Grenzen einer „kleineren" Freiheit gewisse Bereiche ihrer Angelegenheiten selbstverantwortlich zu regeln.

Ob unter Beachtung dieser Grundsätze im Ausgangsbeispiel, in dem die Siebzehnjährige ihrem Bekannten oder Freund für mehrere Tage in seine Wohnung folgt, ein „Entführen" ausscheidet, kann abschließend nicht beurteilt werden. Das hängt, wie gesagt, von dem Umfang der Dispositionsmöglichkeiten ab, die die Sorgeberechtigten ihrer Tochter eingeräumt haben. Um diese Frage entscheiden zu können, müßte man die k o n k r e t e Ausgestaltung des Verhältnisses der Eltern zu der Minderjährigen kennen. Lebt z.B. die „entführte" Minderjährige zwar noch in ihrem Elternhaus, beschränken sich aber die wechselseitigen Beziehungen zwischen Eltern und Tochter nur auf die Regelung von „Äußerlichkeiten", etwa von Geldfragen , und ist es den Eltern gleichgültig, wo sich die Tochter aufhält, so haben die Sorgeberechtigten auf ihr Recht verzichtet.[1)] Die Entscheidung, eineoder mehrere Nächte in der Wohnung eines Bekannten zu verbringen, fällt dann in den Bereich des „Selbstbestimmungsrechts" der Minderjährigen. Von einem „Entführen" kann keine Rede mehr sein.

Die Beispiele lassen damit die Notwendigkeit erkennen, jeden einzelnen Fall jeweils unter Würdigung aller Umstände darauf

---

1) Vgl auch Hausmann S.22.

hin zu untersuchen, ob die Sorgeberechtigten der Minderjährigen - etwa auf Grund des mit zunehmendem Alter einsetzenden Ablösungsprozesses vom Elternhaus - einen Bereich eigenverantwortlichen Handelns eingeräumt haben. Unter diesen Voraussetzungen würde auch durch eine nicht ausdrücklich gebilligte Aktion des „Entführers" das elterliche Sorgerecht nicht mehr „beeinträchtigt"werden können.

Mit den vorstehenden Überlegungen können die Ausführungen zum Einverständnis abgeschlossen werden. Auch sie haben gezeigt, daß im Fall der Entführung die gleichen Grundsätze zu gelten haben wie im Fall des Muntbruchs. Das trifft auch für die Fälle des generellen Einverständnisses zu. Diese sind zwar im Rahmen des § 235 noch nicht erörtert worden. Das geschah jedoch nur mit Rücksicht auf ihre geringe praktische Bedeutung für jene Vorschrift. Damit wurde indes nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, sie gegebenenfalls auch bei § 235 heranzuziehen.

4. Das Personensorgerecht, dessen Schutz § 236 bezweckt, hat - wie wiederholt dargetan [1] - als pflichtgebundene Befugnis die Aufgabe, die Belange der Minderjährigen zu sichern.[2] Dieser reflexartigen Begünstigung[3] der minderjährigen Person würde es wie im Fall des Muntbruchs zuwiderlaufen, wenn Beeinträchtigungen der elterlichen Einflußmöglichkeiten , die von seiten der Jugendlichen erfolgen, in den strafbaren Bereich fielen.[4] Damit bleiben aber auch „Teilnahmehandlungen" Dritter - mangels einer Haupttat - straflos.[5] Man halte sich nur den Fall vor Augen, daß eine sechzehnjährige

---

1) Vgl S.7ff; 145 f.
2) RGSt 6/292; 43/285,286; ferner Hausmann S.71;Hey S.54; Mühlmann-Bommel § 237 Anm 1;Olshausen § 237 Anm 4 a; Reidel S.26.
3) Vgl Schwarz S.155.
4) Oben S. 1o9ff. RGSt 6/292,293; pr OT GA Bd 25/456; Gößler S. 56.
5) Vgl etwa Hausmann S.32.

Schülerin mit ihrem Freund F in dessen Wohnung die Hausaufgaben erledigt und sich nach Abschluß des „Pflichtpensums" aus eigenem Antrieb entschließt, die Nacht in F's Wohnung zu verbringen. Ob hier F als „Entführer" zur Verantwortung gezogen werden kann, erscheint höchst zweifelhaft. Denn der Plan zum Eingriff in das elterliche Obhutsverhältnis sowie dessen Durchführung gehen nicht auf ihn, sondern auf die Minderjährige zurück. Diese ist der „führende Kopf" der Aktion. Deshalb liegt bei einer solchen Konstellation nur eine „Selbstentführung" der Sech-zehnjährigen vor mit der Folge, daß sich F, auch wenn er gegen die Verwirklichung der Absicht durch seine Freundin nichts unternimmt, nicht strafbar gemacht hat.[1)]

Mag die Lösung dieses Falles auch klar auf der Hand liegen, so ist es indes auch im Bereich des § 236 nicht immer leicht, jene „Teilnahmehandlungen" von täterschaftlich verwirklichten Eingriffen in das Sorgerecht abzugrenzen. Schwierigkeiten tauchen gerade in den Fällen auf, in denen das „Übergewicht" bei der Tatausführung - anders als in dem soeben erwähnten Beispiel - nicht einseitig bei der Minderjährigen liegt, sondern der Eingriff in das elterliche Schutzverhältnis auf ein „Zusammenwirken" von Täter und „Opfer" zurückgeht. Zur Klärung der Frage, ob der mit der Minderjährigen „Zusammenwirkende" als „Entführer" oder „Teilnehmer" an einer „Selbstentführung" anzusehen ist, hat die überwiegende Meinung[2)] darauf abgestellt, ob er „treibender

---

1) Vgl RG GA Bd 52/399 = JW 1905/751.

2) Vgl RGSt 6/292f; 19/159,160; 29/404,409; 39/214,215; BGHSt 1/199,200; BGH bei Dallinger MDR 1968/728; BayObLG NJW 1953/1195; v.Buri GS Bd 27/527; Daude § 237 Bem 98,96; Dreher §236 Anm 2A; Frank § 237 Anm II; Gößler S.56/57;Hausmann S.17/18; Heinemann S.34/35;Hey S.45/54; v.Hippel S.211 Fn 5; Kohlrausch-Lange § 237 Anm I; Maurach BT § 16 IV 2, Nachtrag S.12;Meyer-Allfeld S.395 Fn 12;Mösl LK §236 R dnr 5; Mühlmann-Bommel § 237 Anm 4; Olshausen § 237 Anm 3a; Oppenhoff-Delius § 237 Anm 6;Reidel S.26;Schaefer LK ,.8.Aufl Anm II 3; Schwartz § 237 Anm.3.

und bestimmender Teil" war oder nicht. Täterschaft des Dritten verlange, daß er bei der eigentlichen Tatausführung[1], die - entsprechend dem „dreidimensionalen" Begriff des „Entführens"[2] - die Zeitspanne zwischen dem Verlassen des bisherigen Aufenthaltsortes und dem Aufsuchen der neuen Unterkunft umfasse, „tätige Hilfe" - sei es eigenhändig, sei es durch Dritte[3] - leiste. Eine „bloß psychische Einwirkung" auf die Minderjährige durch Überredungen, Verlockungen oder Versprechungen reiche nicht aus.[4] Mit dem daraus folgenden Schluß, „Entführen" sei eine „besondere Art des Wegführens oder Fortführens"[5] greifen Rechtsprechung und h.M. zur Abgrenzung von Täterschaft und „Teilnahme" im Bereich der Entführung mit Willen auf die formal-objektive Theorie[6] zurück, die freilich hier[7] über die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Bereich entscheidet.

Ob dem - im Widerspruch zu der sonst überwiegend vertretenen subjektiven Grenzziehung zwischen Täterschaft und Teilnahme[8] - zu folgen wäre, kann indes dahinstehen. Die herrschende Abgrenzung kann bereits wegen ihres Ausgangspunktes, der „dreidimensionalen" Begriffsbestimmung des „Entführens", nicht gehalten werden. Denn diese Auslegung wurde hier[9] durch eine „eindimensionale" Betrachtungsweise abgelöst mit dem Ergebnis,

---

1) Vgl BGH bei Dallinger MDR 1968/728.
2) S.o. S.118ff.
3) RGSt 19/159,16o.
4) RG GA Bd 52/399 = JW 19o5/751; RGSt 39/214,215.
5) So RG GA 52/399.
6) Vgl dazu statt aller Schönke-Schröder § 47 Vorbem 6o.
7) Vgl schon oben S. 1o9ff.
8) Sie bestimmt im erörterten Problemkreis ebenfalls die Grenze zwischen straffreiem und strafbarem Raum.
9) Vgl S. 15off,157.

daß es für ein "Entführen" allein auf den - wesentlichen - Eingriff in die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Sorgerechts ankommt. Mit der Streichung des formalen Merkmals der "Ortsveränderung" entfällt aber der Anknüpfungspunkt der h.M. Schon deshalb müssen ihre formal-objektiven Kriterien zur Abgrenzung täterschaftlicher Eingriff in das Sorgerecht von "Teilnahmehandlungen" an "Selbstentführungen" verworfen werden. Besteht nach alledem kein Grund, von den zum Muntbruch entwickelten Lösungen[1] abzugehen, so entscheidet über die Qualifikation des Dritten, ob dieser Tatherrschaft hat oder nicht: Fremdentführung liegt vor, wenn der Außenstehende das Fluchtunternehmen kraft Willensherrschaft in der Hand hat. Täterschaftliche Verwirklichung einer Entführung kommt ferner bei funktioneller Tatherrschaft des Dritten in Betracht. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so ist der Hintermann nur Teilnehmer an einer Selbstentführung der Minderjährigen. Zur Erläuterung des Gesagten sei auf das zu § 235 Ausgeführte[2] verwiesen.

---

1) Vgl S.122ff.
2) S.125ff.

III. Zusammenfassung

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, daß entgegen der bislang noch überwiegenden Meinung die Tathandlung des § 236 „ein-dimensional" zu bestimmen ist (S.146 ff; 150 ff): Ein „Entführen" liegt bereits dann vor, wenn die tatsächliche oder potentielle Ausübung des Sorgerechts (S.159) wesentlich beeinträchtigt wird. Zur Erfüllung dieser Voraussetzung ist erforderlich, daß die elterlichen Einflußmöglichkeiten für eine „gewisse Zeit" ausgeschaltet werden (S.159ff). Ein „Entführen" entfällt indes - außer dem Fall eines speziellen (S.162ff) auch - auf Grund eines generellen Einverständnisses der Sorgeberechtigten, das die Minderjährigeberechtigt, für längere Zeit selbständig über ihren Verbleib zu entscheiden. (S.164ff).

Zu den in diesem Abschnitt nicht behandelten Fragen, insbesondere danach, ob ein „Entführen" möglich ist, ohne daß eine räumliche Trennung zwischen der Minderjährigen und ihren Erziehungsberechtigten herbeigeführt wird, ob weiter auch die Störung des elterlichen Schutzverhältnisses durch unmittelbaren Zugriff auf den Sorgeberechtigten als „Entführen" zu begreifen ist und unter welchen Voraussetzungen schließlich die Entführung mit Willen in der Form eines (unechten) Unterlassungsdeliktes begangen werden kann, ist auf früher Gesagtes[1] zu verweisen. Insofern ergeben sich von dem hier eingenommenen Standpunkt aus keine Besonderheiten.

---

1) Vgl S.72ff;84ff;131ff.

C. Das systematische Verhältnis der beiden Vorschriften zum Schutze der elterlichen Gewalt

Haben die bisherigen Untersuchungen ergeben, daß zwischen den Tathandlungen der §§ 235 und 236 kein Unterschied besteht, so ist es zum Abschluß der Arbeit notwendig, näher auf das systematische Verhältnis der beiden Bestimmungen einzugehen. Es muß geklärt werden, ob es sinnvoll ist, eine Vorschrift wie die der Entführung einer Minderjährigen mit ihrem Willen neben einer allgemeinen Vorschrift der Entziehung minderjähriger Personen in ein neues Strafgesetzbuch zu übernehmen. Wie bereits in der Einleitung erwähnt, hat der Gesetzgeber des 5. Deutschen Bundestages bei seinen Beratungen über die Neuregelung des Strafrechts die Frage im Sinne des geltenden Rechts entschieden. Er ist damit „den Weg des geringsten Widerstandes"[1] gegangen und hat es aus Furcht vor einem „unüberlegten Handstreich"[2] bei peripheren Änderungen belassen, so bei der Umstellung der beiden Entführungstatbestände (§§ 236, 237 aF), der Streichung von Absatz 2 des § 235 aF sowie der Einfügung des Antragserfordernisses für die Verfolgung eines Kinderraubes (§ 238).

Dem Verlangen, das Verhältnis der Vorschriften gegen die Beeinträchtigung des Sorgerechts g r u n d l e g e n d neu zu bestimmen, vermögen indes derartige Neuerungen nicht zu genügen. Eine sinnvolle Reform läßt sich nicht erreichen, solange man um den Kern des Problems herumgeht, um die Frage nämlich, warum dem Sorgerecht Schutz gewährt werden sollte von zwei nebeneinander stehenden Vorschriften, die nicht nur denselben Kreis deliktischer Handlungen erfassen, sondern auch im übrigen über - schon erwähnte [3] - enge Berührungspunkte verfügen. Angesichts dieses Versäumnisses müssen die Bemühungen des Gesetzgebers um eine zufriedenstellende Verbesserung der fraglichen Tatbestände als gescheitert angese-

---

1) Horstkotte Prot V S.2377.
2) Güde Prot V S.2383.
3) S.157f.

hen werden.

Wäre demgegenüber in den gesetzgeberischen Beratungen den strukturellen Gemeinsamkeiten der §§ 235, 237 aF die gebührende Beachtung geschenkt worden, so hätten sich Lösungen aufgedrängt, die über jene geringfügigen Änderungen hinaus in die Tatbestandsstruktur eingegriffen und den Schutz des Sorgerechts auf eine einzige gesetzliche Grundlage gestellt hätten. Dies konnte freilich nicht in der Form geschehen, wie sie der E 1962 in § 196 vorschlug. Hier wurde zwar ebenfalls nur ein Tatbestand für jenen Schutz zur Verfügung gestellt. Diese Regelung blieb aber doch sehr an der Oberfläche haften. Sie erfuhr nämlich mit einer Entführungs- sowie einer Entziehungsvariante eine dem damaligen Rechtszustand weitestgehend nachgebildete Ausgestaltung.

Der Forderung, nur eine Vorschrift für den Schutz der elterlichen Gewalt bereit zu stellen, kann sinnvollerweise auch nicht dadurch entsprochen werden, daß einer der hier diskutierten Tatbestände ersatzlos gestrichen wird. Im einen wie im anderen Fall sind die Konsequenzen deswegen unannehmbar, weil sich ein sachgerechter Schutz des Sorgerechts allein mit der in Kraft bleibenden Vorschrift nicht verwirklichen läßt: Wird § 235 aufgehoben, so bietet sich Schutz ausschließlich in den von § 237 aF gesteckten Grenzen. Die elterlichen Befugnisse sind nur geschützt, soweit es um ihre Ausübbarkeit gegenüber einer T o c h t e r geht. Sobald dagegen die Erziehungsrechte gegenüber Söhnen in Frage stehen, könnten sie ungestraft mißachtet werden. Eine solche Einengung des strafbaren Bereichs wäre ebenso ungereimt wie der Umstand, daß die Strafbarkeit zudem davon abhinge, ob die Minderjährige ihrer Entfernung aus dem elterlichen Einflußbereich z u s t i m m t . Ein überzeugender Grund für dieses Erfordernis ist indes nicht zu erkennen. Denn das Sorgerecht wird auch dann verletzt, wenn der Täter gegen den Willen des - die Störung des Obhutsverhältnisses oder

zumindest den vom Täter verfolgten sexuellen Zweck ablehnenden[1] - Mädchens handelt. In diesem Fall müßte aber § 237 aF seinem ausdrücklichen Wortlaut nach unanwendbar bleiben.

Die genannten Schwierigkeiten lassen sich zwar vermeiden, würde unter Verzicht auf jene Vorschrift allein § 235 zur Grundlage strafrechtlichen Schutzes des Sorgerechts gemacht. Dann wäre für den Beginn der Strafbarkeit unerheblich, ob den familienrechtlichen Betreuungsmöglichkeiten männliche oder weibliche Minderjährige entzogen werden und ob dies mit oder gegen deren Willen geschieht. Auch eine Regelung wie die des § 235 garantiert aber solange keine allseits befriedigende Lösung, wie sie nur das Entziehen mittels List, Drohung oder Gewalt als tatbestandsmäßig ansieht. Durch diese Voraussetzung werden nämlich Konstellationen getrennt, die unter dem Gesichtspunkt eines sinnvollen Schutzes des Sorgerechts nur einheitlich zu entscheiden sind. Eine unterschiedliche Behandlung der Fälle je nachdem, ob der Täter jene Mittel anwendet oder nicht, läßt sich nur rechtfertigen, wenn der Eingriff in die Elternrechte im einen Fall notwendigerweise von größerer Intensität ist als im anderen. Daß dies keineswegs zu sein braucht, verdeutlicht etwa das Beispiel des "Diebstahls" eines Säuglings. Unabhängig davon, ob der Täter diesen "schlicht" wegnimmt oder ihn der sich wehrenden Mutter entreißt, sind deren Erziehungsmöglichkeiten gleichermaßen betroffen. Für eine auf sachgerechten Schutz des Sorgerechts bedachte Betrachtungsweise kommt es mithin nicht daraus an, auf welche Weise die elterlichen Befugnisse gestört werden, Von Bedeutung ist allein, daß der - wesentliche - Störeffekt überhaupt eintritt.[2]

---

1) Vgl dazu etwa BayObLG NJW 1953/1195,1196; Dreher § 236 Anm 2 B; Lackner § 236 Anm 3 a; Schönke-Schröder § 236 Rdnr 5.
2) Vgl Schwarz S.146,162f; AE, Sexualdelikte, Begründung zu § C 2, S.65; Begründung zu § 313 E 1927, S.155.

Damit bleibt als Zwischenergebnis festzuhalten, daß weder § 196 des E 1962 noch § 235 oder § 237 aF für sich genommen eine geeignete Grundlage bilden, die Delikte gegen die Beeinträchtigung der Personensorge neu zu regeln. Will man diesen Komplex einer überzeugenden Revision unterziehen, muß man vielmehr eine Vorschrift schaffen, die zwar die bisherigen Gesetzesfassungen und Entwürfe beachtet, insgesamt aber eigene Wege geht. Wie diese Bestimmung im einzelnen auszusehen hat, soll im folgenden dargelegt werden. Dabei ist es nach den vorstehenden Ausführungen überflüssig, auf die Tathandlung selbst näher einzugehen. Es reicht - als Wiederholung des zuvor begründeten Ergebnisses - der Hinweis, daß die deliktische Handlung nicht durch den Einsatz besonderer Tatmittel "qualifiziert" sein darf, sondern sich auf die Fälle jeglichen Entziehens zu erstrecken hat. Ferner wurde schon erläutert, daß es keine Rolle spielen kann, ob der Täter Minderjährige männlichen oder weiblichen Geschlechts dem elterlichen Einflußbereich entrückt und ob er dabei mit ihrem Willen oder ohne ihn handelt. Eine sachgerechte Lösung muß alle denkbaren Möglichkeiten im Auge behalten.

Noch nicht erörtert worden und demgemäß eingehend zu prüfen ist die Frage, ob das Sorgerecht für die gesamte Zeit der Minderjährigkeit des Jugendlichen geschützt werden soll. Würde eine bejahende Antwort zu geben sein, könnte beispielsweise nicht der Strafe wegen Muntbruchs entgehen, wer seine siebzehnjährige Freundin zu einer gemeinsamen Ferienreise überredet.[1] Es erscheint jedoch höchst bedenklich, in Fällen dieser Art den Eingriff in das Sorgerecht noch strafrechtlich zu erfassen. Denn bei Jugendlichen fortgeschritteneren Alters sind die Beziehungen und Bindungen zu den Sorgeberechtigten in aller Regel derart gelockert, daß die "Schutzbefohlenen" infolge ihrer größeren Selbständigkeit

---

1) Vgl zu diesem Beispiel Horstkotte Prot V S.2379; AE, Sexualdelikte, Begründung zu § C 2, S.65/67.

jetzt des Schutzes der Eltern nicht mehr bedürfen. Dann aber ist es , wie bereits früher dargelegt,[1] nur konsequent, jenen lediglich "auf dem Papier stehenden" elterlichen Befugnissen strafrechtlichen Schutz zu versagen.
Wann indes die Emanzipation der Minderjährigen soweit fortgeschritten ist, daß der Schutz des Sorgerechts als nicht mehr sinnvoll erscheint, läßt sich unangreifbar nur auf Grund empirischer Untersuchungen feststellen. Diese müßten - im Wege der Beobachtung der Eltern bei der Erziehung ihrer Kinder oder durch Sammeln von Auskünften der Sorgeberechtigten bzw. der Minderjährigen über die Erziehung[2] - klären, in welchem Alter Jugendliche bereits in der Lage sind, ihre persönlichen Angelegenheiten - in tatsächlicher Hinsicht: etwa bezüglich des Umgangs mit anderen oder des Aufenthalts - zu besorgen. Solches empirische Material, das sich auf ein bestimmtes Alter als entscheidendes Kriterium zur Unterscheidung "unselbständiger" und "selbständiger" Minderjähriger festgelegt hat, liegt m.W. nicht vor. Zwar findet man bei Durchsicht des Schrifttums vielfältige Hinweise auf die Stellung der Minderjährigen in ihren Familien. Aus diesen Erläuterungen und den ihnen zugrunde liegenden empirischen Untersuchungen können auch allgemeine Tendenzen in der Entwicklung der Eltern-Kind-Beziehungen abgeleitet werden.[3] Mit derartigen Äußerungen - etwa dahin, daß die Jugendlichen heute zu größerer Selbständigkeit und Freiheit erzogen werden[4] oder daß "den altershomogenen, jugendbestimmten Be-

1) Vgl S.23f. S.a. AE, Sexualdelikte, Begründung zu § C 2, S.65/67.
2) Vgl zu den Methoden Devereux, Bronfenbrenner und Suci, Zum Verhalten der Eltern in den Vereinigten Staaten und in der Bundesrepublik, in: Jugend in der modernen Gesellschaft, hrsg. von v. Friedeburg, S.335,349ff.
3) Vgl dazu im einzelnen die von Claessens/Milhoffer, v. Friedeburg sowie Reimann/Reimann herausgegebenen Werke.
4) Vgl Baumert, Einige Beobachtungen zur Wandlung der familialen Stellung des Kindes in Deutschland, in: Jugend in der modernen Gesellschaft, hrsg. von v. Friedeburg, S. 309,313; Neidhardt, Die Familien in Deutschland, S.5of; ders., Strukturbedingungen und Probleme familialer Sozialisation, in: Familiensoziologie, hrsg. von Claessens/ Milhoffer, S.2o5,228.

ziehungen ..., auch unter dem Aspekt des partiellen, mit zunehmendem Alter sich verstärkenden Ablösungsprozesses von der Herkunftsfamilie, besondere Bedeutung zukommt"[1] - hat es aber sein Bewenden. Genauere Ergebnisse von der hier benötigten Art tauchen nicht auf. Diesen Mangel an brauchbaren empirischen Untersuchungen können im übrigen weder die bisher erschienenen Jugendberichte der Bundesregierung[2] - insbesondere geht der erste Bericht, der sich mit der Situation der Jugend in der modernen Gesellschaft befaßte und daher auch von seiner Themenstellung nähere Aufschlüsse erwarten ließ, auf die hier interessierende Frage nicht ein - noch auch die Anhörung von Sachverständigen im Rahmen der gesetzgeberischen Beratungen über den früheren Beginn der Volljährigkeit[3] beheben. Gerade bei diesen Beratungen wäre wünschenswert gewesen, daß "wissenschaftlich gesicherte Ergebnisse" über den "Reifezustand junger Menschen" zur Verfügung gestanden hätten. Einer Anregung des Bundesrates - in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters - , solches Material erarbeiten zu lassen,[4] wurde jedoch keine Folge geleistet.[5] Die Feststellung, die gegenwärtige Lage der Familie sei noch bei weitem nicht zureichend erforscht,[6] erweist sich daher auch im vorliegenden Fall als zutreffend.

Rechtfertigt sich mithin die angestrebte Verkürzung des Schutzes der elterlichen Gewalt nicht durch empirisches Material, so bleibt zu überlegen, ob damit der Weg zu einem

---

1) Wurzbacher/Grau, Gesellungsformen der Jugend in der Bundesrepublik, in: Die Jugend, hrsg. von Reimann/Reimann, S.15,19.
2) BT-Drs. 4/3515; 5/2453; 6/3170.
3) Vgl dazu das stenographische Protokoll der 21. Sitzung des Rechtsausschusses vom 30.11.1973.
4) Vgl BT-Drs. 7/117 S.31.
5) Vgl dazu BT-Drs. 7/117 S.36; weiter Hornstein, Stenographisches Protokoll der 21. Sitzung des Rechtsausschusses vom 30.11.1973, S.7ff; Vogel, ebenda, S.21.
6) Institut für Familienforschung (Herausgeber Horkheimer/Adorno), Familie, in: Familiensoziologie, hrsg. von Claessens/Milhoffer, S.63,77.

solchen Ergebnis notwendigerweise verstellt ist. Dies hat der AE - in § C 2, Sexualdelikte; § 131, Straftaten gegen die Person - verneint. Er will grundsätzlich den Schutz des Sorgerechts zurücknehmen, sobald der Minderjährige das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat. Für diese Einschränkung spricht nach Ansicht der Verfasser des AE die entsprechende Altersgrenze beim Schutz Jugendlicher vor sexuellem Mißbrauch ihrer Abhängigkeit (§ B 5 Abs. 1 Nr. 1, Sexualdelikte, der in der hier interessierenden Frage mit § 174 Abs. 1 Nr. 1 nF übereinstimmt).[1)]

Dieser Vorschlag, der auch im Sonderausschuß für die Strafrechtsreform Unterstützung fand,[2)] sich dort aber nicht durchsetzen konnte, lenkt den Blick auf einen beachtenswerten Gesichtspunkt. Wenn der Gesetzgeber sexuelle Kontakte des abhängigen Minderjährigen[3)] mit einer außenstehenden[4)] Autoritätsperson grundsätzlich[5)] nur solange unter Strafe stellt, wie dieser noch nicht das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat, so läßt er damit erkennen, daß er die Sechzehn- und Siebzehnjährigen bereits für fähig hält, selbständig über die Aufnahme sexueller Beziehungen zu entscheiden.[6)] Von daher ist es aber nur noch ein kleiner Schritt zu der Annahme, daß ein älterer Minderjähriger generell seine persönlichen Angelegenheiten zu regeln vermag.[7)] Dies bedeutet für die hier diskutierte Frage der Altersgrenze, daß das

---

1) Vgl AE, Sexualdelikte, Begründung zu § C 2, S.67.
2) Z.B. bei Diemer-Nicolaus, Prot V S.2381, und bei Müller-Emmert, Prot V S.2387.
3) Vgl im übrigen auch § 182; AE, Sexualdelikte, Begründung zu § B 6, S.27.
4) Vor sexuellen Angriffen der E l t e r n gewährt § 174 Abs. 1 Nr. 3 den Minderjährigen Schutz bis zum 18. Lebensjahr. Vgl auch § B 5 Abs. 1 Nr. 3.
5) Vor einem M i ß b r a u c h des Abhängigkeitsverhältnisses zu sexuellen Zwecken ist der Jugendliche bis zu seinem 18. Lebensjahr geschützt, § 174 Abs. 1 Nr. 2. Vgl auch § B 5 Abs. 1 Nr. 2.
6) Vgl dazu auch Hanack, Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik, S.117ff; Schwarz S.147f.
7) Vgl auch Bosch, Stenographisches Protokoll der 21. Sitzung des Rechtsausschusses vom 30.11.1973, S.86ff.

Sorgerecht mit Vollendung des sechzehnten Lebensjahres durch den Minderjährigen nicht mehr so intensiv ist, als daß es noch strafrechtlichen Schutzes bedürfte.
Nicht zweifelsfrei ist allerdings, ob und ggf. um welche Zeitspanne[1] sich diese Grenze erhöhen soll, wenn der Täter den Minderjährigen durch Gewalt, Drohung oder grobe Täuschung dazu veranlaßt, sich der Personensorge des Berechtigten zu entziehen. Die damit angesprochene Einflußnahme auf die Willensbildung oder Entscheidungsfreiheit des Minderjährigen durch qualifizierte Tatmittel[2] ist jedoch kein Umstand, der zu einer Änderung der Altersgrenze führen könnte. Der Grund, der über die Einschränkung des strafrechtlichen Schutzes des Sorgerechts entschied, besteht nach wie vor: Die Beziehungen der Jugendlichen zu ihren Sorgeberechtigten haben sich mit Erreichen des sechzehnten Lebensjahres so stark "verflüchtigt", daß das Sorgerecht ein für allemal als nicht mehr schutzwürdig erscheint. Deshalb sollte die Altersgrenze - wie in § 144 des Strafgesetzbuches der DDR - schlechthin auf sechzehn Jahre festgesetzt werden.[3]

Hat mit der gerade vorgenommenen Bestimmung von Tathandlung und Tatobjekt eine mögliche Vorschrift zum Schutz des Sorgerechts bereits wesentlich an Statur gewonnen, so sind indes damit noch nicht alle Fragen, die eine Neuregelung aufwirft, beantwortet worden. Ihre Diskussion hat jedoch längst nicht so heftige Kontroversen heraufbeschworen wie die Erörterung des soeben abgehandelten Bereichs. Deshalb kann sich die folgende Darstellung knapp fassen: Bisher offen geblieben

---

1) Schwarz, S.148f, will die Altersbegrenzung unter der sogleich im Text genannten Voraussetzung bei 18 Jahren ansetzen. Vgl auch den AE: § C 2, Sexualdelikte, bzw § 131, Straftaten gegen die Person; jeweils Abs. 2: Hier wird auf die Minderjährigkeit abgestellt. Sie lag allerdings zur Zeit der Abfassung des Entwurfs bei 21 Jahren.
2) Vgl AE, Sexualdelikte, Begründung zu § C 2, S.65/67.
3) Nach Horstkotte - Prot V S.2379 - liegt die generelle Grenze im schwedischen Strafgesetzbuch bei fünfzehn Jahren.

ist zunächst, ob sich der Täterkreis auch auf die Mitsorgeberechtigten zu erstrecken hätte. Diese Frage hat § 196 E 1962 verneint: Solange beide Eltern sorgeberechtigt seien und es daher lediglich um die Entziehung des Mitsorgerechts gehe, sei ein Eingreifen mit strafrechtlichen Mitteln nicht geboten.[1] Auch nach Ansicht von Horstkotte, die er in den Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform äußerte,[2] gehören Fälle wie der genannte nicht vor den Strafrichter, sondern sollten der familienrechtlichen Auseinandersetzung vorbehalten bleiben. Negatives Tatbestandsmerkmal sei, daß der Täter überhaupt nicht, weder allein noch mit anderen zusammen, personenberechtigt sei.

Die hier wie auch sonst[3] vorgeschlagene Einengung des Täterkreises fand indes nicht die Zustimmung des Gesetzgebers. Er beließ es bei dem von ihm angetroffenen Rechtszustand, ohne das Problem, ob bei Konstellationen der vorliegenden Art " der Staat strafende Gewalt, sein äußerstes und gefährlichstes Mittel, einsetzen darf"[4], näher zu erörtern. Die Gründe für diese Abstinenz bleiben unklar. Denn es bestand Anlaß genug, sich mit dieser Frage - und zwar vor allem unter dem Blickwinkel des subsidiären Charakters des Strafrechts - auseinanderzusetzen. Nach den hierzu entwickelten Grundsätzen[5] darf eine Rechtsgutsverletzung nur unter Strafe gestellt werden, wenn dies für ein geordnetes Zusammenleben unerläßlich ist. In Fällen, in denen ein ausreichender Schutz des Rechtsguts mit den Mitteln des bürgerlichen und / oder des öffentlichen Rechts gewährleistet werden kann, läßt sich daher eine strafrechtliche Reaktion angesichts ihrer

---

1) Begründung zu § 196 E 1962, S.35o.
2) Prot V S.2379.
3) Vgl den AE: § C 2, Sexualdelikte; § 131, Straftaten gegen die Person.
4) Hanack, Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik, S.3o, Rdnr 24.
5) Vgl BVerfG NJW 1975/573,576f; Gallas S.16; Hanack, Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik, S.34,4o; Roxin JuS 1966/377,382; Rudolphi SK § 1 Vorbem. 14; ZStW Bd 83 (1971), 1o5,115; s.a. den AE, Sexualdelikte, S.9.

weitreichenden Folgen nicht mehr rechtfertigen. Dementsprechend hätte der Gesetzgeber hier prüfen müssen, ob gegen denjenigen, der die Befugnisse des Mitsorgeberechtigten verletzt, nicht andere als strafrechtliche Maßnahmen ergriffen werden können, die aber gleichwohl das Mitsorgerecht hinlänglich schützen. Hätte man sich diese Frage vorgelegt, so wäre der Blick auf die vollstreckungsrechtlichen Möglichkeiten aus § 33 FGG, auf Sanktionen des Ehegesetzes[1] sowie vormundschaftsgerichtliche Entscheidungen[2] gefallen. Die damit gegebenen Möglichkeiten, die - wie z.B. der Ausspruch einer Ordnungsstrafe oder die Anwendung unmittelbarer Gewalt - den Betroffenen nicht selten empfindlich treffen, sind durchaus geeignet, die Befugnisse des Mitsorgeberechtigten wirksam zu schützen. Angesichts dieses Umstandes erscheint es als überflüssig, den "Konflikten im familiären 'Intimbereich'"[3], um die es sich meistens handeln wird, mit der ultima ratio "im Instrumentarium des Gesetzgebers",[4] einer Strafnorm, zu begegnen. Entfällt jedoch mit der Scheidung der Ehe und der Übertragung des Sorgerechts auf nur einen Elternteil[5] die Notwendigkeit, auf den "familiären Intimbereich" Rücksicht zu nehmen, so steht dem Eingreifen strafrechtlichen Schutzes nichts mehr entgegen. Folglich kann der geschiedene Ehepartner das Kind dem Alleinsorgeberechtigten ebenso in strafbarer Weise entziehen[6] wie umgekehrt dieser dem besuchsberechtigten Elternteil (§ 1634 BGB).

Neben der Aufgabe, den Täterkreis sinnvoll einzugrenzen, stellt sich ferner die Frage, ob die ins Auge gefaßte Vor-

---

1) Nach § 43; vgl etwa Palandt-Lauterbach § 43 EheG Anm. 13, Stichwort "Eigenmächtiges Vorgehen eines Ehegatten".
2) Z.B. nach § 1632 Abs. 2 BGB; vgl dazu KG NJW 1970/1793; OLG Hamm NJW 1974/954.
3) Schwarz S.152.
4) BVerfG NJW 1975/573,576.
5) Zu weiteren Fällen vgl oben S.11 Fn 2.
6) So auch E 1962, S.350; Horstkotte Prot V S.2379; Schwarz S.152 Fn 4.

schrift als Offizial-[1] oder als Antragsdelikt auszugestalten ist. Der E 1962 entschied sich in § 196 zugunsten eines Antragsdelikts,[2] und zwar mit der Begründung, diese Lösung entspreche der "gebotenen Rücksichtnahme auf den Willen des Sorgeberechtigten".[3]

Ob dem beizupflichten ist, kann nur gesagt werden, wenn zuvor die Funktion des Strafantrags geklärt ist. Über sie hat sich noch keine allgemeine Meinung gebildet: Neuerdings vertritt Maiwald die Ansicht, daß sich die Antragsdelikte auf ein einheitliches Prinzip zurückführen lassen, nämlich auf den "Typus personbezogener Tatbegehung, die zur Folge hat, daß der Staat auf Strafe verzichten kann, wenn der Verletzte die Straflosigkeit des Täters will"[4]. Demgegenüber geht die h.M. davon aus, daß den Strafantragsfällen unterschiedliche Gesichtspunkte zugrunde liegen. Dabei sind für einen Teil des Schrifttums[5] zwei Erwägungen maßgebend: Es gebe Delikte, von denen die Allgemeinheit regelmäßig so wenig berührt sei, daß ein Eingreifen mit krimineller Strafe nur erforderlich erscheine, wenn der Verletzte sein Interesse daran durch einen Antrag bekunde. Bei der zweiten Gruppe strafbarer Handlungen könne das berechtigte Interesse des Verletzten an Geheimhaltung der Straftat oder am Ruhenlassen gewisser familiärer Vorgänge einer an sich notwendigen Strafverfolgung gegenüberstehen. Der wohl überwiegende Teil des Schrifttums nennt hingegen drei Prinzipien, die zur Aufstellung eines Antragserfordernisses führen:[6] Dieses

---

1) So der AE: § C 2, Sexualdelikte; § 131, Straftaten gegen die Person.
2) Ebenso § 238 in der Fassung des 1. StrRG und vorher schon § 313 E 1927.
3) Begründung zu § 196 E 1962, S.351; übereinstimmend Schwarz S.64.
4) GA 1970/33,38.
5) Vgl z.B. Lackner § 77 Anm 1a; Schönke-Schröder § 61 Rdnr 4.
6) Vgl Jescheck S.664f sowie die Nachweise bei Maiwald GA 1970/33,34 Fn 6.

Erfordernis bewirke einmal, daß Delikte von verhältnismäßig geringer Bedeutung für die Allgemeinheit nur dann verfolgt werden, wenn der Verletzte sein Interesse daran kundtue. Bei einer anderen Gruppe von Straftaten rechtfertige sich das Antragserfordernis aus dem Gesichtspunkt der Bewahrung des Familienfriedens. Schließlich könne das Strafantragsbedürfnis zum Schutz des Verletzten davor gegeben sein, daß Dinge seines Intimbereichs in der Öffentlichkeit gegen seinen Willen ausgebreitet werden.

Schenkt man diesen Begründungen nur einen flüchtigen Blick, so scheinen sie nicht so recht auf den Fall der Beeinträchtigung der Personensorge anwendbar zu sein. Bei näherem Hinsehen zeigt sich indes, daß jedenfalls für die h.M. keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bestehen, den - grundsätzlich als schwerwiegend zu erachtenden[1] - Eingriff in das Sorgerecht als Antragsdelikt auszugestalten. Für eine solche Entscheidung spricht einmal der Umstand, daß die Sorgeberechtigten auf diese Weise in die Lage versetzt werden zu verhindern, daß die Wiederherstellung des häuslichen Friedens durch ein gerichtliches "Aufrollen" des - möglicherweise schon eine Zeitlang zurückliegenden - Ereignisses der Entziehung gefährdet wird. Vor allem ermöglicht das Antragserfordernis den Eltern, eine Strafverfolgung auszuschließen, sobald die Belange des Minderjährigen, zu dessen Wohl das Sorgerecht auszuüben ist (§ 1627 BGB), dies geboten erscheinen lassen. Aber auch vom Boden der von Maiwald vertretenen Auffassung aus läßt sich im Fall der Beeinträchtigung des Elternrechts ein Antragsdelikt annehmen. Denn es handelt sich bei den Straftaten der vorliegenden Art typischerweise um solche, die einen schon vorher bestehenden Kontakt zwischen Täter und Minderjährigem voraussetzen und sich damit gerade gegen die Person des je-

---

1) So zutreffend Jescheck S.665.

weiligen Sorgeberechtigten richten. Da sich hier also typischerweise weder Dritte noch die Allgemeinheit als potentielle Opfer begreifen können, eröffnet sich auch von dem zuletzt genannten Standpunkt aus die Möglichkeit, ein Antragserfordernis aufzustellen.[1)]

Läßt sich somit im vorliegenden Fall ein Antragsbedürfnis bejahen, so ist schließlich zu fragen, ob die Heirat eines Tatbeteiligten mit dem entzogenen Minderjährigen weiterhin[2)] ein Verfolgungshindernis bilden sollte. Zugunsten einer Beibehaltung dieses Merkmals spricht der Hinweis, daß es nicht Aufgabe des Strafrechts sein kann, den - mutmaßlich - glücklichen Ausgang eines "Kinderraubes" zu gefährden.[3)] Freilich müßte die auflösende Bedingung (Nichtigerklärung oder Aufhebung der Ehe) des Verfolgungshindernisses entfallen. Denn es kann dem Gesetzgeber hier ebenfalls nicht daran gelegen sein, durch Strafvorschriften eine eherechtliche Lösung mittelbar zu beeinträchtigen.[4)]

Aus alledem ergibt sich folgender Vorschlag für eine Neufassung:

---

1) Vgl Maiwald GA 1970/33,37.
2) Vgl § 238 in der Fassung des 1. StrRG; anders § 238 in der bis 1969 gültigen Fassung; anders auch der AE in § C 2, Sexualdelikte, bzw. § 131, Straftaten gegen die Person.
3) So im Ergebnis auch Schwarz S.187.
4) So zu Recht AE, Sexualdelikte, S.67; Schwarz S.187.

(1) Wer einen Minderjährigen unter sechzehn Jahren dem Personensorgeberechtigten entzieht, ohne selbst zur Personensorge berechtigt zu sein, wird mit ... bestraft.[1] Ebenso wird bestraft, wer den Minderjährigen dem Besuchsberechtigten entzieht.

(2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

(3) Hat ein Beteiligter die minderjährige Person geheiratet, so wird die Tat nicht verfolgt.

---

1) Art und Höhe der Strafe können hier nicht näher bestimmt werden. Dazu bedürfte es eines Vergleichs mit anderen Strafvorschriften. Vgl auch das Vorwort zum AE, Sexualdelikte, S.3. Hingewiesen sei deshalb nur auf § 235 aF (Gefängnis; ebenso § 313 E 1927), § 131 AE, Straftaten gegen die Person (Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr), § 196 E 1962 (Gefängnis bis zu drei Jahren, Strafhaft oder Geldstrafe) sowie § 235 in der geltenden Fassung (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe), die jeweils unterschiedliche Sanktionen vorsehen und diese in qualifizierten Fällen wiederum nicht einheitlich erschweren. Vgl zum Ganzen die Begründung zum AE, § 131 Straftaten gegen die Person, S. 93, sowie Schwarz S.153ff.

Lebenslauf

Am 4. Dezember 1943 wurde ich als Sohn des Oberstaatsanwalts Helmut Regel und seiner Ehefrau Anna, geb. Esmeier, in Bockum-Hövel geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 25. Februar 1964 legte ich am Neusprachlichen Gymnasium in Hamm die Reifeprüfung ab. Vom Sommersemester dieses Jahres an studierte ich Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster und - während des zweiten Semesters - an der Freien Universität Berlin. Am 17. Januar 1969 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Den Referendardienst schloß ich am 19. November 1974 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf ab.